**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME RODOLFO RITTEL

**TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO
INTERVENCIONISTA: LIMITES E RECEPTIVIDADE À DOGMÁTICA
INTERNACIONAL**

CURITIBA

2014

GUILHERME RODOLFO RITTEL

**TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO
INTERVENCIONISTA: LIMITES E RECEPTIVIDADE À DOGMÁTICA
INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

2014

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

R613t Rittel, Guilherme Rodolfo
2014 Técnicas de tipificação na atividade econômica do Estado intervencionista :
Limites e receptividade à dogmática internacional / Guilherme Rodolfo Rittel ;
orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2014.
173 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2014
Bibliografia: f. 166-173

1. Direito penal econômico. 2. Direito penal. 3. Intervenção (Governo
Federal). 4. Economia. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 340

GUILHERME RODOLFO RITTEL

**TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO
INTERVENCIONISTA: LIMITES E RECEPTIVIDADE À DOGMÁTICA
INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. Rodrigo Sánchez Rios

Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR

Professor Dr. Fábio André Guaragni

Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

Professora Dra. Heloisa Estellita

Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP

Curitiba, 28 de fevereiro de 2014.

Para minha família e minha querida Ana Clara,
que logo estará conosco.

AGRADECIMENTOS

Em uma etapa tão especial quanto esta, nada seria possível sem a ajuda dos amigos e da família.

Ao meu pai, José Antônio, por sempre me incentivar e conceder apoio incondicional em qualquer circunstância. À minha mãe, Teresa, por suas sábias palavras e conselhos. Muito embora a vida moderna nos conceda pouco tempo para estarmos juntos, tenham a certeza que sempre penso em vocês. Aos meus irmãos, Daniele e Alexandre, pois sem a família nada seríamos.

À minha esposa, Paula, pelo amor e compreensão neste período de privações. Mais ainda, pelo maior presente que alguém poderia me dar: nossa querida Ana Clara, que logo estará conosco! E a Liebe, que sempre esteve ao nosso lado.

Aos meus amigos de faculdade e de infância, bem como os amigos dos amigos, que souberam compreender a ausência ao longo deste mestrado.

Aos colegas de mestrado, em especial Michel Knolseisen, Israel Rutte, Adriano Klein e João Scaramella, por toda a ajuda, conselhos e discussões durante os intervalos. Obrigado, meus amigos!

Aos colegas da Facear e da Dom Bosco. Adriano Barbosa, Robson Santiago e Fábio Teixeira: vocês são exemplos que busco seguir.

Ao meu orientador, Professor Rodrigo Sánchez Rios, que soube compreender minhas limitações e nos instigou em suas aulas com temas recentes e problemáticos de Direito Penal. Minha admiração somente aumentou depois do contato estabelecido durante o mestrado.

A todos os professores do mestrado da PUC, pelo espírito crítico que despertaram em nós, mestrandos.

À Daiane e Eva, que tanto nos ajudaram durante este período.

Enfim, a todos aqueles que, de algum modo participaram nessa jornada, meu muito obrigado.

RESUMO

A intervenção do Estado na atividade econômica se fez possível após a demonstração das falhas de mercado no século XIX, quando surgem propostas de intervenção na economia, período de surgimento do *Welfare State*, em especial na década de 30 do século XX, muito embora os precedentes sejam já do final do século XIX. A passagem de um sistema de mercado com um regime liberal para um sistema de mercado com o um regime intervencionista é essencial para a compreensão de uma das formas de intervenção do Estado na atividade econômica, no caso, a mais gravosa delas, que ocorre por meio da utilização do Direito Penal. Ocorre que nesta nova configuração do Direito Penal, no ramo que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico, muitas peculiaridades fazem com que características e princípios clássicos do Direito Penal sejam questionados. Inicialmente a própria delimitação deste ramo é controversa, procedendo os autores aos mais variados enfoques: bem jurídico; critério processual; critério criminológico etc. No tocante à tipificação das condutas que trariam uma situação de anormalidade ao sistema econômico, novas técnicas surgem ou tornam regras o que antes era exceção, considerando os limites do Direito Penal Clássico. Há uma nova concepção de bem jurídico, deixando o Direito Penal de tutelar apenas aqueles bens que teriam caráter individual, dando lugar a bens jurídicos que não seriam passíveis de individualização, os chamados bens jurídicos supraindividuais. Neste contexto, questiona-se a necessidade do tipo penal continuar materialmente limitado ao conceito de bem jurídico. Ainda, tendo em vista a natureza dos bens jurídicos e da atividade que passa a ser tutelada, as técnicas de tipificação de crimes de perigo abstrato, leis penais em branco, remissões a elementos normativos etc. passam a ter importância fundamental na dogmática jurídico-penal. Por conta destas peculiaridades e a necessidade de se (re)pensar características clássicas do Direito Penal, alguns autores, a exemplo de Hassemer trazem propostas de alternativas ao Direito Penal, ao passo em que autores, como Klaus Tiedemann, legitimam a nova configuração deste ramo do Direito. Neste contexto, cumpre verificar se princípios clássicos do Direito Penal como a subsidiariedade, fragmentariedade, ofensividade, proporcionalidade etc. continuam sendo válidos e, mais ainda, se ainda seriam limites materiais à atividade legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Econômico – Intervenção do Estado na Atividade Econômica – Técnicas de Tipificação – Crimes de perigo abstrato – Leis penais em branco - Princípios penais limitadores.

ABSTRACT

State intervention in economic activity was made possible after the demonstration of market failures in the nineteenth century, when proposals arise from intervention in the economy, period of emergence of the welfare state, especially in the 30s of XX century, although previous is already in the late nineteenth century. The passage of a market system with a liberal regime to a market system with an interventionist scheme is essential to the understanding of one of the forms of state intervention in economic activity, in this case the more onerous one, which occurs through the use of criminal law. It happens that this new configuration of the Criminal Law, the branch that is conventionally called the Economic Criminal Law, many peculiarities make features and classic principles of criminal law are questioned. Initially the very definition of this branch is contested, the authors proceed to various approaches: legal right; procedural criteria; criminological criteria etc. Regarding the definition of conduct that would bring a abnormal situation to the economic system, new techniques emerge or rules make what was once the exception, considering the limits of criminal law Classic. There is a new conception of legal right, leaving the Criminal Law to protect only those goods that have individual character, giving rise to legal rights that would not be subject to individualization, the so-called supra-individual legal interests. In this context, questions the necessity of continuing criminal offense materially limited to the concept of legal good. Still given the nature of legal interests and activity that happens to be safeguarded, the techniques of classification of abstract danger crimes, criminal laws blank, etc. References to regulatory elements shall be of fundamental importance in the criminal legal dogmatic. Because of these peculiarities and the need to (re) think classic features of criminal law, some authors, like Hassemer bring alternative proposals to the Criminal Law, while as writers like Klaus Tiedemann legitimize the new configuration of this branch of law. In this context, it should check whether classical principles of criminal law as subsidiarity, fragmentariedade, offensiveness, proportionality etc. still valid and, further, if it would be material to the legislative activity limits.

KEYWORDS : Economic Criminal Law - State Intervention in Economic Activity - Technical Grading - Crimes abstract danger - Criminal Law Blank - Principles criminal limiters.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
2. DO LIBERALISMO ECONÔMICO AO INTERVENCIONISMO: PREMISSAS PARA O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	19
2.1 NOÇÕES GERAIS DE ECONOMIA	19
2.1.1 O “Problema Econômico”	21
2.2 SISTEMAS E MODELOS ECONÔMICOS	22
2.2.1 Sistema de Tradição	25
2.2.2 Sistema de Autoridade / de Mando / Centralizado	27
2.2.3 Sistema de Autonomia / Descentralizado / de Mercado	30
2.3 DO LIBERALISMO ECONÔMICO	33
2.3.1 Conceito de Mercado	38
2.3.2 Das “Falhas” do Mercado	40
2.4 DO INTERVENCIONISMO E DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL	48
2.4.1 Premissas históricas da Intervenção - Do Welfare State à Previsão Constitucional do Intervencionismo	49
2.4.2 Da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988	55
2.4.3 Aspectos gerais da intervenção na economia.....	61
3 DO INTERVENCIONISMO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA POR MEIO DO DIREITO PENAL	71
3.1 DA NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	75
3.1.1 Das vantagens de uma sistematização do direito penal econômico	76
3.1.2 Critérios ou enfoques delimitadores do delito econômico.....	78
3.1.2.1 Enfoque criminológico	79
3.1.2.2 Enfoque processual	82
3.1.2.3 Instrumentos de comércio como objetos de proteção do direito penal econômico.....	84
3.1.2.4 Enfoque jurídico-dogmático (bem jurídico tutelado)	85
3.2 DO BEM JURÍDICO E DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA.....	89
3.2.1 É legítima a intervenção por meio do direito penal econômico?	89
3.2.2 A busca da legitimidade pelo critério do bem jurídico	92
3.2.3 Conceito	93

3.2.4 Funções do bem jurídico	97
3.2.4.1 Proteção de bens jurídicos como finalidade do direito penal	98
3.2.5 Opositores à teoria crítica do bem jurídico.....	101
3.2.6 Favoráveis à teoria crítica do bem jurídico	108
3.2.7 Bens jurídicos supraindividuais ou coletivos e o direito penal econômico.....	112
3.2.8 A teoria do bem jurídico ainda é um critério seguro para limitação do <i>ius puniendi</i> e delimitação do direito penal econômico?.....	117
4. TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA E A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA	123
4.1 UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA: A SOCIEDADE DE RISCOS, DESREFERENCIALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE CONSUMO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL	126
4.2 DELITOS DE PERIGO ABSTRATO.....	131
4.2.1 Conceito e características	131
4.2.2 Teorias acerca dos delitos de perigo abstrato	132
4.2.2.1 Influência do positivismo, neokantismo e finalismo nos delitos de perigo abstrato	133
4.2.2.2 Delitos de lesão	135
4.2.2.3 Delitos formais	137
4.2.2.4 Delitos de periculosidade.....	137
4.2.2.5 Teorias mistas.....	138
4.2.3 Limites aos crimes de perigo abstrato: análise dogmática e principiológica.....	139
4.2.4 Da distinção de Hirsch e Wohlers – crimes preparatórios, crimes de perigosidade concreta e crimes cumulativos.....	145
4.3 TÉCNICAS DE REENVIO	150
4.3.1 Da administrativização do direito penal	151
4.3.2 Das normas penais em branco	153
4.3.2.1 Conceito e distinção das normas penais em branco em sentido amplo e em sentido estrito	153
4.3.2.2 Da legitimidade das normas penais em branco nos casos em concreto	157
4.3.3 Elementos normativos do tipo.....	160
4.3.4 Delitos residuais ou de captura.....	161
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	162
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	166

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo proceder a uma análise das técnicas de tipificação na atividade econômica do Estado Intervencionista, verificando qual a aceitação destas técnicas na doutrina jurídico-penal, bem como quais seriam as limitações impostas pelos principais juristas.

Como etapa necessária para a discussão da intervenção do Estado na atividade econômica, a primeira parte da pesquisa é voltada ao direito econômico, no sentido de verificar qual o caminho percorrido até a admissão do Estado como interventor da economia, em especial com um instrumento tão gravoso, como é o Direito Penal.

Deste modo, o percurso entre o liberalismo econômico e o intervencionismo estatal constituem o primeiro objeto da pesquisa, em especial quanto à verificação dos motivos pelos quais o Estado é chamado a intervir na atividade econômica. Isso restará demonstrado quando da exposição das chamadas falhas de mercado, que indicam então o que seria a chamada *anormalidade* econômica, critério fundamental para compreender quais condutas podem ser objeto de criminalização no Direito Penal Econômico.

Assim, a proposta inicial é trabalhar com alguns conceitos básicos de Direito Econômico e Economia, passando então à análise dos sistemas econômicos. Por fim, é analisada a intervenção estatal, tanto quanto à sua origem, quanto com relação à sua conformação no direito brasileiro no contexto da ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988.

Ultrapassada a primeira etapa, partindo do pressuposto de que o Estado não só pode como também deve intervir na economia para consecução dos fins determinados pela Constituição e para a manutenção da própria normalidade do sistema de mercado, inicia-se a análise da delimitação do Direito Penal Econômico e as formas de legitimação da intervenção por meio do *ius puniendi*. Nesta análise, serão vistos os critérios mais utilizados para delimitar este ramo do Direito Penal, a exemplo do critério criminológico, processual, encerrando a análise com a teoria do bem jurídico, talvez o ponto crítico desta pesquisa.

Tal afirmação se deve ao fato de que a teoria do bem jurídico, ao mesmo tempo que pode ajudar a delimitar e legitimar o Direito Penal Econômico, pode ser

importante instrumento limitador da atividade legislativa. Ocorre que a teoria do bem jurídico vem sendo atacada por diversos autores, que desconfiam da sua utilidade para fins de limitação do *ius puniendi*. Um exemplo prático será a análise da decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca do crime de incesto, no qual o Tribunal decidiu que a teoria do bem jurídico não teria nada a oferecer quanto ao estabelecimento de conceitos críticos limitadores.

Destarte, o presente trabalho abordará o tema controvertido dos bens jurídicos coletivos, característicos do Direito Penal moderno, que são rechaçados por alguns juristas, que não encontram nestes bens nenhum referencial antropológico.

Por fim, serão analisadas as técnicas de tipificação mais utilizadas no contexto do direito penal econômico, em especial a antecipação da tutela penal por meio dos delitos de perigo abstrato e a criação de técnicas de reenvio para suprir a necessidade por maior flexibilidade e conhecimentos específicos em uma sociedade marcadamente de risco.

Com relação aos delitos de perigo abstrato, além do conceito e principais características, serão abordadas as principais teorias acerca do injusto, no sentido de representarem um delito de lesão, formal ou ainda de periculosidade. Feita esta análise, é possível estabelecer quais seriam os limites impostos ao Estado, em especial tendo em vista a necessidade de proteção de bens jurídicos, o princípio da lesividade, princípio da subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade etc.

Já com relação às técnicas de reenvio, em especial por meio das normas penais em branco e por meio de elementos normativos no tipo, será abordada a chamada administrativização do direito penal, além da necessária conceituação de tais técnicas, para que ao final sejam elas confrontadas com alguns princípios limitadores, em especial a reserva legal, taxatividade e a subsidiariedade.

2. DO LIBERALISMO ECONÔMICO AO INTERVENCIONISMO: PREMISSAS PARA O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Um trabalho que pretende analisar as técnicas de tipificação na *atividade econômica* do *Estado intervencionista* não pode simplesmente se limitar à análise da dogmática jurídico-penal do tema. Antes, é necessário um estudo da própria *atividade econômica* (e sua correta delimitação, já que esta atividade, a princípio, pode ser desenvolvida tanto pelo Estado quanto pelo particular, mas não são ambas as atividades que interessam ao Direito Penal Econômico), bem como da *intervenção* do Estado na economia, tema este que possui riquíssimo material na doutrina de Economia, Direito Econômico e Direito Constitucional.

Assim, como capítulo preliminar à análise das técnicas de tipificação, a proposta é traçar um panorama geral da Economia e do Direito Econômico, cujas conclusões serão fundamentais para a correta delimitação do tema, já que a finalidade é apresentar uma sequência lógica de premissas que permitem compreender a razão do *direito posto* autorizar a interferência do Estado em área que não seria propriamente sua, o que o faz de modo mais gravoso por meio do exercício do *ius puniendi*.

2.1 NOÇÕES GERAIS DE ECONOMIA

Talvez o conceito mais simples e mais importante nesta primeira etapa seja o próprio conceito de economia, que se fundamenta no binômio de *bens escassos* e *necessidades ilimitadas*. Assim, é comum encontrar conceitos de economia que buscam justamente abranger tanto a questão da escassez de recursos (sempre limitados) quanto as necessidades humanas (sempre ilimitadas). Os conceitos buscam demonstrar que, por meio da economia, caberia à Sociedade a escolha de alternativas de produção e distribuição dos recursos obtidos.

Justamente nesse sentido apresentado, Fábio Nusdeo (Curso de economia: introdução ao direito econômico), cuja obra constitui um dos grandes referenciais teóricos nesta primeira etapa, ao lado da obra de Eros Roberto Grau (A Ordem Econômica na Constituição de 1988), inicia o seu conceito de economia mencionando

que as necessidades humanas são ilimitadas, fato este que, embora sempre tenha existido, foi exacerbado com a chamada sociedade de consumo. Por outro lado, relata que os recursos são sempre escassos e finitos, ainda que com todo o avanço tecnológico. O autor demonstra inclusive uma preocupação com a saturação ou exaurimento do meio ambiente, o que remete às discussões acerca da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável. Acerca da escassez, Nusdeo revela que não se trata de conceito absoluto ou quantitativo, tendo em vista que a escassez pode decorrer da maior ou menor procura¹.

Em conceito de economia bastante próximo, Márcio Bobik Braga e Marco Antonio S. de Vasconcellos definem esta como sendo:

[...] uma **ciência social** que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas da melhor maneira possível.²

Assim, de forma semelhante ao conceito de Braga e Vasconcellos, Nusdeo conclui a sua análise dizendo que a *atividade econômica* seria justamente a “administração da escassez” (conceito este que será aprimorado adiante), ou seja, seria a escolha dos recursos para o atendimento das necessidades humanas, ao passo em que *Economia* seria “o estudo científico dessa atividade, vale dizer, do comportamento humano e das relações e fenômenos dele decorrentes, que se estabelecem em sociedade permanentemente confrontada com a escassez”³. Gastaldi também apresenta conceito de atividade econômica semelhante, afirmando que seria a “aplicação do esforço humano, visando obter, por meio de bens ou serviços, a satisfação das necessidades”⁴.

Portanto, reitera-se que o binômio da escassez dos bens e das necessidades humanas permeia os conceitos de economia, sendo que é justamente por conta do binômio apresentado que houve todo o avanço nos sistemas econômicos.

¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23-27. O autor cita um exemplo simples e que permite a exata compreensão do binômio mencionado: “Assim, o estoque de 1.000 pares de sapatos de um dado tipo e cor pode, repentinamente, vir a se mostrar exíguo, caso, por uma questão de moda, por exemplo, aumentar o desejo da população de tê-los, pressionando a sua procura. Vice-versa, o mesmo número de 1.000 pares de sapatos poderá se revelar abundante se quase ninguém os quiser”.

² BRAGA, Márcio Bobik; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. Introdução à Economia. In: PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 3.

³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

⁴ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

A justificativa para a afirmação supra restará clara quando do próximo tema a ser analisado, qual seja, o chamado “problema econômico”, que exigiu a elaboração de verdadeiros sistemas, coerentes em suas premissas, para tentar solucionar a tensão existente quando da utilização de bens raros e sua distribuição.

2.1.1 O “Problema Econômico”

Na economia, o chamado “problema econômico” nada mais é do que a apresentação de algumas questões, decorrentes do binômio *bens escassos vs. necessidades ilimitadas*, no sentido de se verificar quais os bens que deveriam ser produzidos, qual a quantidade destes bens deveria ser produzida, quais meios na produção deveriam ser empregados e, por fim, como que se daria a distribuição dos bens que foram produzidos.

De forma sintetizada, as questões fundamentais da economia (“problema econômico”), segundo Braga e Vasconcellos, seriam: **1)** o que produzir; **2)** quanto produzir; **3)** como produzir; **4)** para quem produzir. Os autores mencionam que a escolha da resposta para estas questões dependerá da forma de organização econômica, já que, p. ex., em uma economia de mercado, as empresas privadas teriam um papel preponderante, ao passo que em economias planificadas este papel seria do Estado⁵.

Já Nusdeo limita o “problema econômico” a três interrogações, sendo que são as mesmas já citadas, excluindo o quanto produzir. No entanto, percebe-se que quando o autor trata da forma como produzir, já aborda a quantidade, a exemplo do seguinte trecho: “*Não é indiferente à sociedade seja um dado artigo colocado à sua disposição mediante o uso excessivo e desabusado de fatores de produção, sempre escassos*”⁶. Exatamente a mesma visão pode ser encontrada em Troster e Morcillo⁷.

A questão do problema econômico é fundamental para a compreensão dos sistemas econômicos, portanto, já que seria necessário um sistema organizado para a

⁵ BRAGA, Márcio Bobik; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. Introdução à Economia. In: PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 4.

⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 98.

⁷ TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 37-38.

definição dos rumos a serem tomados na *atividade econômica lato sensu*. Ou, melhor dizendo, os sistemas econômicos tornam-se fundamentais ao passo em que organizam e instrumentalizam a forma de tomada de decisões.

2.2 SISTEMAS E MODELOS ECONÔMICOS

Por conta do chamado “problema econômico”, os sistemas econômicos passam a assumir total destaque. Isso pelo fato de que deve haver um sistema organizado para a tomada de decisões acerca da produção, distribuição e consumo dos recursos que, como já visto, são escassos.

Por sistema econômico, Braga e Vasconcellos entendem que este seria “*a forma política, social e econômica de organização de uma sociedade. É um particular sistema de organização da produção, distribuição e consumo de todos os bens e serviços que as pessoas utilizam, buscando uma melhoria no padrão de vida e bem-estar*”⁸. Para os autores, os dois principais sistemas econômicos seriam o *sistema socialista* (com as questões econômicas sendo resolvidas pelo próprio Estado e a propriedade pública dos fatores de produção) e o *sistema capitalista* (regido pelas forças de mercado, prevalecendo a livre iniciativa e a propriedade privada dos fatores de produção). É importante ainda mencionar que, em especial com relação ao *sistema capitalista*, até o início do século XX, era dominante a filosofia do liberalismo, no qual o Estado não intervia na atividade econômica, num capitalismo que alguns autores chamam de “puro”⁹. Interessante notar que tal panorama mudou e hoje, ainda que no sistema capitalista, o Estado desempenha papel fundamental na atividade econômica. Esta análise será aprofundada no decorrer deste capítulo.

---

⁸ BRAGA, Márcio Bobik; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. Introdução à Economia. In: PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 5. Outro autor que faz a divisão dos sistemas apenas em sistema capitalista e socialista é Leonardo Vizeu Figueiredo. Cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37-39.

⁹ Esta visão é contestada por alguns autores, a exemplo de Kerstenetzky quando diz que “*na prática, na grande maioria dos hoje países capitalistas desenvolvidos, o ativismo público visando o alívio a situações de destituição, mesmo quando se manifestava principalmente ao nível das pequenas cidades e distritos, perde-se no tempo.*” (KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 7).

Já Fábio Nusdeo, procedendo a um enfoque analítico, menciona que existem três modelos de sistemas econômicos básicos, os quais serão vistos na sequência. Mas antes, conceituando sistema econômico, que para o autor seria sinônimo de regime econômico, escreve:

[...] num sentido mais técnico e preciso, por sistema econômico quer-se significar um particular conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico. Este último nada mais vem a ser do que uma mera decorrência da já conhecida escassez de recursos, a exigir um processo consistente e concatenado de decisões quanto ao seu emprego. Dito de outra forma, é o conjunto de instituições destinado a permitir a qualquer grupo humano administrar seus recursos escassos com um mínimo de proficiência, evitando o quanto possível o seu desperdício ou malbaratamento¹⁰.

Neste aspecto há uma cisão na doutrina. Isso pelo fato de que não há concordância entre os autores entre o que seria sistema econômico, modelo econômico e regime econômico. P. ex., já foi mencionado que Nusdeo considera *sistema econômico* como sinônimo de *regime econômico*. O autor ainda busca diferenciar *modelo de sistema econômico*. De um modo geral, afirma que *modelo* seria uma “*simplificação drástica da realidade*”, sendo que a partir desta simplificação seria possível extrair ou separar “*algumas poucas variáveis, tidas como relevantes para a explicação de um dado fenômeno, com o estabelecimento de relações funcionais entre elas*”. Já com relação aos sistemas econômicos, o autor menciona que, tendo em vista a enorme variedade de sistemas em todo o mundo e em todos os tempos, seria extremamente árdua a tarefa de delimitá-los, motivo pelo qual o autor recorre a técnica dos modelos supramencionada, buscando analisar apenas traços essenciais dos sistemas¹¹.

Já Avelã Nunes, citado por Eros Grau, apresenta definição diversa, senão vejamos:

[...] um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, de conformidade com as quais se realiza o modo de produção – propriedade privada, propriedade estatal ou propriedade coletiva de bens de produção – e a forma de repartição do produto econômico – há rendimentos da propriedade? Ou só rendimentos do trabalho? Ou de ambos? – em uma determinada sociedade. A natureza das relações sociais de produção – isto é, a posição relativa dos

¹⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 98.

¹¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67 e 99.

homens em face dos meios de produção – é que, em última instância, distingue os sistemas econômicos¹².

Eros Grau menciona que modelo econômico seria a “*configuração peculiar assumida pela ordem econômica (mundo do ser), afetada por determinado regime econômico*”¹³. Antonio Sousa Franco, também citado por Eros Grau, complementa as definições, para traçar um conceito de regime econômico, que seria definido como a forma pela qual:

“o poder (máxime, o poder político), se articula com a realidade econômica. A caracterização do regime econômico é uma moldura explicativa dos princípios da intervenção do Estado e da sua actuação financeira, tanto no plano das ideologias inspiradoras como no das instituições de enquadramento... A noção de regime não se esgota – quer-nos parecer – na forma política do poder, mas inclui as demais formas de poder: os poderes sociais (sindicais, patronais), os próprios poderes econômicos...”¹⁴.

Enfim, quer sejam modelos ou sistemas, não há grandes divergências com relação à essência. Deste modo, neste trabalho será adotada a definição tal qual propôs Eros Grau, mas sem deixar de analisar as propostas dos demais autores. Logo, regime não será interpretado como sinônimo de sistema. Como exemplo de sistema, poder-se-ia citar o sistema capitalista e o sistema socialista. Já como exemplo de regime, poder-se-ia mencionar o regime liberal, regime intervencionista etc.

Pois bem, acerca dos sistemas econômicos, é possível encontrar na doutrina três grandes sistemas, ainda que com nomes diferentes. Autores como Nusdeo os apresentam como sendo os sistemas de tradição, de autoridade e de autonomia¹⁵. No entanto, é mais comum encontrar a definição dos sistemas como sendo centralizados ou de mando, ou simplesmente sistema socialista (se enquadrariam na definição de sistema de autoridade); bem como sistemas descentralizados ou de mercado, ou simplesmente sistema capitalista (estariam dentro da ideia de sistema de autonomia).

¹² NUNES, A. J. Avelãs. **Os sistemas Econômicos**. In Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra, 1973. p. 24, *apud* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 82.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 312.

¹⁴ FRANCO, Antônio L. Sousa. **Noções de Direito da Economia**. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1982. p. 142 *apud* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 82.

¹⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99.

É importante ressaltar que se afigura natural que o sistema de cada país apresente suas peculiaridades, nuances. Fosse adotada a noção de modelo de Nusdeo, restaria clara esta afirmação, já que o modelo de sistema, para ele, nada mais seria que um recorte, um fragmento escolhido, uma redução da realidade.

Por fim, antes de analisar cada um dos sistemas, o método de abordagem procurará averiguar, em cada um dos sistemas, como os *problemas econômicos* seriam decididos, como ocorreria o controle das decisões e, por fim, qual seria o pressuposto psicológico-comportamental de cada um dos sistemas. Este método de análise é utilizado por Fábio Nusdeo¹⁶ e se mostra pertinente para demonstrar as principais consequências para a adoção de cada um dos sistemas.

2.2.1 Sistema de Tradição

Partindo da definição dada por Fábio Nusdeo quanto aos critérios para a definição dos modelos de sistemas ou regimes econômicos, o primeiro sistema poderia ser definido como um *sistema de tradição*. É provavelmente o mais arcaico de todos os sistemas. Autores como Gastaldi adotam uma classificação de sistemas diversa (sistemas de economia fechada, economia artesanal, economia capitalista, economia coletivista e economia corporativista), mas o sistema de tradição poderia ser equiparado, em tese, aos sistemas de economia fechada e economia artesanal¹⁷.

Neste sistema, como o próprio nome já demonstra, prevalece a repetição de comportamentos previamente estabelecidos, sendo que o estabelecimento de tais padrões teria ocorrido em tempos remotos. Como é possível perceber, não se trata de um sistema com alto grau de complexidade, tanto que uma das características apontadas quanto aos lugares em que se adotou tal sistema seria a de que a economia e, em

---

¹⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99-100.

¹⁷ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50. p. 58-59. Conforme explica o autor, na economia fechada haveria uma noção de auto-suficiência das técnicas e dos instrumentos de trabalho, ao passo que na economia artesanal a produção seria autônoma e dirigida apenas a limitados mercados.

especial, as preocupações econômicas, teriam um papel secundário. Seriam “*um mero meio de serviço a outras atividades fins*”, tais como a religião, dança, guerra etc¹⁸.

Com relação aos *problemas econômicos*, as decisões neste modelo de sistema ocorreriam da seguinte forma: **a)** à pergunta sobre “o que produzir?”, bastaria observar quais seriam os padrões de consumo da sociedade, pois haveria uma tendência na repetição; **b)** ao problema “como produzir?”, a resposta seria a mesma, já que a reiteração dos padrões previamente estabelecidos indicaria os meios e formas de produção; **c)** por fim, ao problema “para quem produzir?”, Nusdeo observa que a distribuição dos bens iria ocorrer conforme fossem estabelecidos os graus hierárquicos dos grupos ou estamentos dentro de determinada sociedade. Para o autor, a regra seria a de que a riqueza acompanharia o poder¹⁹.

O controle das decisões não seria realizado por nenhum órgão ou instituição em específico, mas ocorreria por conta de um próprio repúdio natural à inobservância das tradições do povo, podendo gerar a aplicação de sanções e punições cruéis²⁰.

Tal modelo de sistema, como visto, não apresenta muita sofisticação, sendo que um exemplo do período em que foi adotado ocorreu na Idade Média, muito embora Nusdeo mencione que em certos momentos havia uma aproximação com o sistema autoritário, em especial quando senhores feudais tomavam para si a responsabilidade pelas decisões acerca dos problemas econômicos. Outros exemplos seriam de tribos de índios americanos, os aborígenes na Austrália, grupos africanos etc. Ainda mais interessante acerca deste sistema é o fato de que ele guarda resquícios ainda hoje na sociedade contemporânea ocidental, sendo que o autor cita como exemplos a compra de ovos de páscoa, vestidos de casamentos etc., padrões de consumos estes que remontariam a tempos imemoriais e são simplesmente reiterados pela sociedade, independente de critérios de necessidade²¹.

Um ponto interessante na obra de Nusdeo é que o autor, para cada um dos modelos de sistemas econômicos, se preocupa em apontar qual seria o pressuposto

---

¹⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 100-101.

¹⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101-102.

²⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 103.

²¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 104-105.

psicológico-comportamental que justifica a adoção ou manutenção de determinado modelo. No caso do modelo em liça, este pressuposto seria um consenso que haveria quanto ao conjunto de valores de determinada sociedade, valores estes dos quais derivariam os padrões comportamentais²².

Assim, restando a tradição como elemento central que conduz à todas as tomadas de decisões, em especial acerca da questão dos *problemas econômicos*, fica claro o distanciamento deste sistema daquele encontrado no Brasil.

2.2.2 Sistema de Autoridade / de Mando / Centralizado

O segundo sistema a ser analisado é o sistema de autoridade, também chamado de sistema de mando, sistema centralizado ou ainda sistema de planificação central²³. Por conta da centralização das decisões políticas e econômicas e do controle por meio de planejamento, por fim, também seria possível chamar este sistema como sendo planejado ou de planejamento.

Este sistema teria uma característica principal: reúne num só ente os planos decisórios acerca dos *problemas econômicos*, sendo que este ente seria o próprio Estado ou a autoridade política. Logo, haveria uma coincidência entre os planos decisórios político e econômico. Vale ressaltar que para a definição deste sistema não é relevante a legitimidade ou não da autoridade política. Deste modo, quer seja por meio de golpe, eleito democraticamente ou qualquer outra forma com que venha a assumir o poder, as premissas básicas deste modelo deverão ser sempre as mesmas.

A ideia de sistema centralizado reflete bem a forma como se estrutura tal sistema, pois nele as “*decisões econômicas, pelo menos as de caráter básico, são avocadas pelo poder político e nele centralizadas*”²⁴.

Uma das principais consequências deste sistema seria a incompatibilidade com a propriedade privada, levando a uma apropriação coletiva dos bens econômicos,

---

²² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 103.

²³ TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 39.

²⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 105.

em especial dos meios de produção²⁵. Explica-se: não haveria como manter uma centralização das decisões caso cada particular, proprietário de bens de produção, tivesse plena liberdade com relação ao destino destes bens²⁶.

Da mesma forma como visto no sistema econômico de tradição, também no sistema autoritário serão analisados os *problemas econômicos*, que se resumem nas três perguntas já vistas (O que produzir?; Como produzir?; Para quem produzir?), bem como a forma de controle e o pressuposto psicológico-comportamental que mantém tal modelo.

Em primeiro lugar, a decisão sobre “*o que produzir?*” caberia a um órgão decisor (Nusdeo chama este órgão de Comitê Central de Economia). Este órgão seria responsável por determinar metas de produção a partir de critérios que seriam escolhidos, tais como consulta, pesquisa, projeções etc. Justamente por conta destas metas de produção, tais modelos são chamados também de *sistemas de planejamento* ou *sistemas planejados*²⁷.

O segundo *problema econômico* sobre “*como produzir?*” também seria decidido pelo Comitê Central de Economia, sendo que as formas e técnicas de produção integrariam o plano deste órgão, nos moldes do que foi explicado acima.

Já o terceiro *problema econômico*, qual seja, “*para quem produzir?*”, depois que determinado o padrão de distribuição que dependerá de diferentes visões de justiça e ética, poderá ocorrer de duas formas, senão vejamos: **a)** direta, na qual a distribuição de bens e serviços ao cidadão ocorre por meio do controle de cupons ou cartões de racionamento. Pela dificuldade de distribuição, tal forma é aplicável a pequenas comunidades, com estágios de desenvolvimento ainda incipientes; **b)** indireta, onde o Estado, por meio da hierarquia salarial e da fixação de preços dos produtos e serviços, acaba por influenciar e determinar o perfil distributivo de dada sociedade. Esta forma de

---

²⁵ TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 64.

²⁶ Fábio Nusdeo chega a mencionar um exemplo em que houve certa relativização desta característica da impossibilidade de haver propriedade privada, qual seja, o modelo da antiga Iugoslávia, nas décadas de 70 e 80, onde se implementou o chamado socialismo de mercado. Considerando que a divisão dos sistemas ocorre por meio de modelos, que são recortes de uma dada realidade, é natural que existam estas particularidades nos mais variados sistemas. Para maiores informações acerca do modelo adotado na Iugoslávia, cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 113.

²⁷ Neste aspecto, Nusdeo ressalta que hoje algumas nações, mesmo com modelo descentralizado, passaram também a adotar esta técnica de planejamento, cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 106-107.

distribuição só se torna possível pelo fato de que o Estado seria o único produtor, empregador e vendedor, fazendo com que a fixação dos preços (que são chamados de “preços políticos” ou “preços administrativos”) e hierarquização salarial decorra do seu próprio plano econômico. Esta última seria a forma de distribuição de bens e serviços nas economias mais evoluídas que adotam este modelo de sistema econômico²⁸.

Por sinal, assume o *preço* papel fundamental neste modelo, já que, conforme ensina Nusdeo “*eles emanam e decorrem, diretamente, da avaliação feita pela autoridade central quanto ao que deve ser produzido e consumido e quanto aos padrões distributivos, e são, pois, fixados de acordo com ela*”²⁹.

Neste modelo, é importante ainda ressaltar que o lucro de unidades produtoras não necessariamente precisa ser proibido. No entanto, quando permitido, haveria uma limitação e o excedente seria apropriado coletivamente.

A respeito do controle, este seria exercido pela própria hierarquia político-administrativa, da seguinte forma: *a*) concedendo estímulos para aqueles que cumprissem com o plano econômico; *b*) aplicando penalidades àqueles que optarem por não seguir o plano determinado pelo Comitê Central de Economia.

O pressuposto psicológico-comportamental, conforme ensina Nusdeo, reside em uma crença positiva e uma crença negativa. A crença positiva seria no sentido da virtude e racionalidade do planejamento, bem como na confiança depositada nos critérios elegidos pelo órgão responsável pelo planejamento. Já a crença negativa seria a de que o sistema descentralizado (sistema de autonomia) poderia conduzir a economia a uma situação na qual prioridades sociais seriam relegadas a segundo plano, dando lugar a prioridades do empresariado, em especial o lucro³⁰.

A título de exemplo, este modelo foi adotado, dentre outros momentos históricos, especialmente a partir da Revolução Russa de 1917, com a expansão de sua doutrina para a Europa oriental, alguns países asiáticos e Cuba³¹.

---

²⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 108-110.

²⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 109.

³⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 110-111.

³¹ Nusdeo menciona vários outros exemplos, como regimes militares na América Latina, Brasil meridional quando das missões jesuítas etc. Para maior aprofundamento, cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 111-113.

2.2.3 Sistema de Autonomia / Descentralizado / de Mercado

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o sistema da autonomia também é chamado por alguns doutrinadores de sistema descentralizado, bem como de sistema de mercado, confundindo-se este sistema (na sua forma pura) com o próprio sistema liberal ou liberalismo.

Sua principal característica seria justamente a separação entre os planos decisórios político e econômico, residindo aí a grande diferença para o modelo autoritário, conforme será melhor explanado.

Neste modelo, ao Estado caberiam tão somente as decisões no plano político. Já as decisões do plano econômico ficariam a cargo do próprio particular. Por este motivo, os particulares passam a ser chamados de *agentes econômicos*, atuando com autonomia de vontade. Este é o motivo da denominação de sistema autônomo (pela autonomia de vontade) e de sistema descentralizado (onde as decisões no plano político não incumbem mais ao Estado nem são por ele delegadas, mas sim aos próprios particulares).

Tal modelo apresenta dois pressupostos: *a*) propriedade privada dos bens de produção e de consumo; *b*) liberdade de contratar. Tais pressupostos são necessários para que os *agentes econômicos* possam decidir acerca dos *problemas econômicos*. Nestes sistemas estaria inserido o capitalismo, com ele se confundindo. Analisando os dois pressupostos básicos, Eros Grau chega a afirmar que a liberdade de contratar seria inclusive um instrumento para efetivação do princípio da propriedade privada dos bens de produção e consumo³².

O pressuposto psicológico-comportamental deste modelo de sistema é de fundamental importância inclusive para a resolução dos *problemas econômicos*, como será visto. Este pressuposto, segundo Nusdeo, seria o espírito hedonista que daria todo o suporte quanto às decisões dos *agentes econômicos*, que seriam sempre guiadas pela “Lei da Maximização dos Resultados”, ou seja, a intenção do *agente econômico* seria sempre tirar o máximo de proveito de suas ações. Aqui, Nusdeo aproveita para diferenciar o hedonismo do egoísmo, já que, conforme o autor, no hedonismo, ao se

---

³² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 95.

buscar o máximo de resultados, não necessariamente se estaria desrespeitando ou prejudicando terceiros, ao contrário do que ocorreria com o egoísmo³³. No entanto, não são todos os autores que enfatizam esta diferença, a exemplo de Diva Pinho, que destacando a doutrina de Adam Smith, menciona que este “*confiava no egoísmo inato dos homens e na harmonia natural de seus interesses*”³⁴.

O conceito de *homo oeconomicus* (que é trabalhado entre o fim do século XVIII e no século XIX) traria justamente esta justificativa, no sentido de que o homem teria um comportamento regulado pela lei da maximização. O campo de atuação do *homo oeconomicus* seria um local *virtual* chamado mercado, ao qual será dedicado um tópico específico.

Tendo em consideração o pressuposto psicológico-comportamental, é possível passar à análise dos problemas econômicos.

O que produzir? A decisão resultaria do próprio mercado. Isso pelo fato de que o mercado permitiria aferir os preços, de modo que isso implicaria em uma escolha dos fatores de produção para gerar bens e serviços que maximizem o resultado pelo trabalho e recursos dispensados. Busca-se, portanto, uma retribuição máxima, representada aqui pelo *lucro*, que em síntese seria o resultado da subtração da receita da venda pelos custos de produção.

No entanto, ainda mais importante que o produtor são os consumidores na escolha do que produzir. Isso ocorre pelo fato de com a procura ou não de determinados bens e serviços o preço oscila. Tal procura não é igualitária entre os consumidores, posto que aqueles com maior poder aquisitivo tem maior poder decisório. Em suma, o consumidor escolhe os bens e serviços e o produtor busca implementá-los.

Uma questão relevante seria se esta decisão refletiria ou não os anseios da sociedade. Explicando este modelo, Nusdeo menciona que os anseios da sociedade seriam sim atendidos, pois os bens escolhidos pelos consumidores tendem a se tornar mais caros, sendo que tais bens seriam também os mais raros. Logo, com o aumento do preço de tais bens seria reduzida a escassez, problema essencial da economia³⁵.

---

³³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 114-115.

³⁴ PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

³⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

Como produzir? A lógica a ser utilizada é a mesma acima explanada. Havendo esta conjugação entre os interesses do consumidor e do produtor, os meios e formas de produção seriam naturalmente definidos. Isso porque o produtor, para obter maior lucro, buscaria empregar meios de produção mais baratos. No entanto, a qualidade do produto tem que guardar certo nível de excelência, sob pena de diminuir a sua procura e, conseqüentemente, reduzir seu preço. Deve-se levar em conta também que os meios de produção ou insumos mais caros seriam justamente aqueles mais raros, mais escassos, de forma que a busca por meios de produção mais baratos (desde que mantenham a qualidade dos bens e serviços exigida pelo consumidor) contribuiriam com a questão da escassez. Tal consequência deveria ser natural, ocorrendo por conta da força do mercado com a oferta e a procura, ou seja, da “mão invisível”, conforme idealizado por Adam Smith³⁶.

Por fim, para quem produzir? Este *problema econômico* também seria resolvido pelo mercado. Aquele que é dono de um fator de produção ou bem mais valorizado teria uma maior “remuneração”, ao passo em que aquele com fator de produção ou bem menos valorizado, pela abundância do bem, seria pouco “remunerado”. Logo, a variação da distribuição decorreria por conta do próprio mercado, sendo que é possível pensar o mesmo com relação ao trabalho, por analogia (levando em consideração a maior ou menor qualificação do trabalhador). O controle seria exercido de forma impessoal e automática, pois aquele que não observa as regras de mercado tende a fracassar a ter prejuízo, eventualmente chegando à falência.

Evidentemente que os sistemas apresentados são meros recortes da realidade, de modo que é difícil hoje imaginar um destes modelos aplicados de forma “pura”. P. ex., com relação a um dos grandes postulados do modelo de sistema de autonomia, qual seja, a separação total dos planos decisórios políticos e econômicos, Nusdeo diz:

---

³⁶ Para compreender a ideia de Adam Smith, colacionamos o seguinte trecho: “[...] *orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo*”. Cf. SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996. p. 438.

Sabe-se ser impossível, na prática, e mesmo conceitualmente, tal separação em termos absolutos, pois a simples existência de um Estado – plano político – implica pelo menos uma intersecção entre aquele plano e o econômico, já que o Estado somente poderá se manter e desempenhar suas funções se retirar das atividades produtivas uma parcela do que foi produzido. Isto ele o faz sob a forma de tributos. E a simples cobrança de tais tributos não é neutra. Conforme seja feita, alterará as condições do mercado, por exemplo, adicionando custos a determinadas atividades³⁷.

No entanto, este foi o sistema que mais teve aceitação no mundo ocidental, ainda que não esteja imune a críticas, que foram muitas e levaram à demonstração de graves falhas no sistema, ensejando mudanças substanciais. Enfim, a mudança será vista mais adiante, no entanto cumpre agora mencionar como ocorreu a implantação deste sistema no contexto histórico, bem como explicitar alguns fundamentos que permitiram tal implantação.

2.3 DO LIBERALISMO ECONÔMICO

Não fosse a doutrina liberal, talvez o sistema descentralizado não tivesse o êxito obtido. Isso pelo fato de que, no final do século XVII, a liberdade começa a ser discutida como objetivo a ser conquistado, ainda que às custas da superação do chamado *Ancien Régime*³⁸. Seriam características da sociedade moderna, conforme assevera Eros Grau, a divisão do trabalho e a monopolização da tributação e da força física, sendo que estes monopólios eram privados, pertenciam ao rei³⁹.

No entanto, as correntes libertárias ganham força no século XVIII, quando somadas às ideias da Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688 a 1689), do Iluminismo e do movimento enciclopedista na França, decorrência do iluminismo e que teve nas pessoas de Diderot e D'Alembert seus principais representantes.

---

³⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125.

³⁸ Embora Tocqueville seja muito citado pela expressão *Ancien Régime*, segundo Marcos Antônio Lopes, Mirabeau teria sido o primeiro a utilizá-la. Segundo Lopes, esta expressão definiria a sociedade francesa em um período anterior a 1789. Cf. LOPES, Marcos Antônio. **Uma idéia de Antigo Regime**. Textos de História. Revista do Programa de Pós-graduação em História da UnB., [S.l.], v. 11, n. 1-2, p. 129-144, Jan. 2012.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 16.

Neste período, fundamental foi a superação de antigos dogmas até então existentes, que deram lugar à noção do discernimento do homem, própria da corrente filosófica chamada racionalismo. Assim, na idade contemporânea, com as ciências sociais conseguindo um afastamento em especial da teologia, passou a se tornar viável a implementação da liberdade, baseadas em ideais iluministas e no racionalismo.

Na Inglaterra passou a ser desenvolvida a doutrina utilitarista (cujas principais referências seriam David Hume, Jeremy Bentham e John Stuart Mill). Acerca da doutrina utilitarista, Nusdeo menciona que:

[...] o utilitarismo – ligado ao hedonismo – sustenta que os atos humanos não devem ser julgados e justificados moralmente apenas pelas suas intenções, mas também por seus resultados e consequências práticas, desde que não nocivos entre si. Em outras palavras, certas tendências da natureza humana, como a ambição, o desejo de desfrutar dos bens do mundo, a procura pela ascensão social, devidamente canalizadas, poderiam levar a resultados *úteis* a todos. Acreditavam os utilitaristas – e Smith desenvolveu bastante este tema – na possibilidade de harmonia de interesses, desde que elaboradas as instituições próprias ao seu adequado equacionamento⁴⁰.

Assim, dois grandes valores passaram a ser cultuados no final do século XVIII: *a)* liberdade; *b)* racionalidade. É no período de mudança da idade moderna para a idade contemporânea que ocorrem as grandes mudanças que seriam precedentes para a implementação do sistema descentralizado.

Segundo Nusdeo, esta implantação do sistema descentralizado (baseado numa ideia de liberalismo econômico, portanto) teria quatro grandes precedentes históricos, nos campos da política, economia, direito e tecnologia, todos coincidentemente ocorridos em 1776⁴¹.

No campo político, o precedente histórico seria a independência americana, pois esta teria sido a primeira nação a ser fundada sob o ideal da liberdade.

Já no campo da economia, o precedente seria a famosa obra de Adam Smith, “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”, abreviada para “*The Wealth of Nations*”⁴². Nesta obra, Adam Smith trazia os fundamentos da ciência econômica, defendendo que o Estado deveria ser não intervencionista, na doutrina do

⁴⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125.

⁴¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 126-128.

⁴² A Riqueza das Nações.

*laissez-faire, laissez-passer*⁴³. Com a separação da filosofia e da teologia, teria trazido aos liberais a forma de compatibilização da organização social almejada, tendo por fundamento a liberdade. Segundo Nusdeo, “*a liberdade política teria de encontrar para se tornar plenamente eficaz o seu complemento necessário, a liberdade econômica*”. Ainda, destacando a importância da obra, Nusdeo escreve:

Com base na filosofia utilitarista, vislumbrou o mecanismo reciclador do mercado, apto a transformar o mesquinho interesse individual de cada um dos seus operadores no interesse geral de todos, sob a ação daquilo que apelidou de *a mão invisível*. Esta levaria os bens escassos aos seus pontos ótimos de aplicação, garantindo à comunidade o direito de escolher, mediante a operação do sistema de preços, os produtos e serviços dos quais desejasse usufruir, materializando a harmonia dos interesses⁴⁴.

No campo do Direito, o precedente histórico seria o *Décret d'Allarde*, que extinguiu as corporações de ofício. Desta forma, trouxe a liberdade do exercício de profissão aos cidadãos. Este decreto foi revogado e, em 1791, reestabelecido pela Lei *Le Chapellier*⁴⁵.

Por fim, no campo da tecnologia, utilizando talvez a mais importante criação de James Watt (máquina a vapor), Robert Fulton, nos Estados Unidos da América aplicou o princípio da máquina à movimentação de teares, dando início à mecanização da indústria têxtil⁴⁶. É o período em que se deflagrou a Revolução Industrial.

Em resumo, uma nação sendo fundada pelos ideais de liberdade, uma obra consistente com fundamentos para uma ciência econômica baseada na liberdade, a liberdade de exercício profissional e a revolução industrial constituem alguns dos precedentes para a implantação do sistema descentralizado, mas ainda eram necessários fundamentos jurídicos.

⁴³ Trad. Livre: deixai fazer, deixai passar. Cf. GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50.

⁴⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 126.

⁴⁵ Importante mencionar que para Eros Grau, numa visão mais crítica, a livre iniciativa não se resumiria ao princípio básico do liberalismo econômico ou como consagração do sistema capitalista, pois mesmo quando da concepção da liberdade de iniciativa econômica com o Décret d'Allarde e a Lei Le Chapellier havia restrições, já que as pessoas eram obrigadas a se munirem previamente de uma “patente” para pagar as taxas exigíveis, bem como deveriam se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 203.

⁴⁶ A referência para a afirmação é Fábio Nusdeo, embora existam registros de que em 1733, John Kay havia inventado uma lançadeira volante para o tear.

Com a revolução francesa, os antigos monopólios do rei (divisão do trabalho, tributação e uso da força) foram transferidos ao controle dos cidadãos, de modo que o que era monopólio privado se tornou monopólio público, ao menos formalmente⁴⁷.

Para que o modelo de sistema de autonomia fosse viável, seria necessário ainda que houvesse um conjunto de instituições consistentes entre si. Como destaca Gastaldi, a chamada escola liberal teria 4 princípios, quais sejam: liberdade de empresa; propriedade privada; liberdade de contrato e liberdade de câmbio⁴⁸. Para garantir essas premissas, dois momentos bastante conhecidos para os juristas foram marcantes: o movimento constitucionalista e a codificação do Direito Privado. Segundo Eros Grau, a produção capitalista exigiria uma dupla garantia, primeiramente contra o próprio Estado (e neste sentido é possível citar o movimento constitucionalista como resposta), bem como em favor do mercado⁴⁹.

Com relação ao movimento constitucionalista, era necessário estabelecer um pacto com os cidadãos para que os ideais propostos fossem preservados. Havia uma preocupação para que os direitos fundamentais fossem garantidos, bem como para limitar o Estado. A separação dos poderes se afigura possível com uma constituição, que organize o Estado.

Surgiram então as primeiras constituições, quais sejam, a americana e a francesa. Estas constituições são chamadas de clássicas, pois traziam à tona a ideia de contrato social. Também eram chamadas de liberais, pois traziam em seus textos a proteção de seus ideais. Por fim, há quem chame de constituição de garantias, já que tinham por intuito proteger o cidadão frente ao Estado, além de garantirem a separação de poderes.

Estas constituições previam a separação dos planos político e econômico. É importante mencionar que esta omissão quanto aos poderes do Estado no plano econômico já constituía uma opção implícita, ainda mais pelo fato de que garantia também aos cidadãos a propriedade privada e a liberdade de profissão e de contratar,

---

⁴⁷ Seria um monopólio público formal pelo fato de que foi a burguesia que assumiu o controle do Estado. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 16 a 19.

⁴⁸ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50.

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38.

que são características do sistema descentralizado de economia e incompatíveis com o sistema centralizado. Seria um equívoco apontar tais constituições como neutras, portanto⁵⁰.

Esta opção pela liberdade do cidadão encontrava guarida no pensamento da época. No final do século XVIII, em especial com as ideias de Galileu, Kepler e Newton, havia uma ideia de que o universo teria uma ordem natural, uma tendência de equilíbrio, o que deveria acontecer também com relação aos humanos. Quem abalou esta crença foi Marx, quando expôs algumas das falhas do sistema descentralizado, em especial com a explicação dos ciclos econômicos.

Importante destacar que duas constituições brasileiras são classificadas como constituição de garantia: Constituição Imperial de 1824 e Constituição Republicana de 1891.

Ao lado do movimento constitucionalista, outro fundamento jurídico para a implantação do sistema descentralizado foi a codificação do Direito Privado. Isso pelo fato de que a codificação trouxe uma segurança jurídica indispensável para garantir o funcionamento do mercado como proposto pelo modelo liberal. Os grandes precedentes da codificação do Direito Privado foram os Códigos Napoleônicos: o Código Civil de 1804 e o Código Comercial de 1807.

Com a definição e proteção dos direitos de propriedade, houve a segurança quanto ao livre uso e disposição dos bens (tanto fatores de produção quanto produtos finais) nas atividades econômicas, conforme fossem as diretrizes do mercado. Eros Roberto Grau inclusive menciona que a “calculabilidade” seria um pressuposto para o direito liberal, já que o mercado precisa desta segurança jurídica⁵¹. Não por outro motivo, o Direito Privado teve muito mais destaque que o Direito Público neste período. Portanto, é possível destacar que a era liberal foi marcada pela evolução do Direito Privado.

Esta análise histórica se mostra de fundamental importância pelo fato de que, ainda que após muitas críticas ao modelo descentralizado ele tenha sido profundamente alterado, a sua estrutura ainda permanece nos dias atuais. No entanto, as

---

⁵⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

críticas, em grande parte, são relacionadas ao mercado, local por excelência de atuação dos agentes econômicos. Logo, antes de analisar as falhas do mercado, parece interessante trazer o seu conceito.

2.3.1 Conceito de Mercado

Mercado pode ser compreendido como o campo de atuação do *agente econômico*, que age com espírito hedonista, buscando sempre a maximização dos resultados. Pois este espaço “virtual” seria justamente o que se chama de *mercado*⁵². Seria o local onde são realizadas trocas, conforme alude McCormick *et al*: “*a noção de troca leva naturalmente à idéia de mercados como organizações onde a troca é efetuada*”⁵³.

Eros Grau classifica o mercado como uma ordem, quando menciona que nele haveria uma expectativa de regularidade de comportamentos, ligados ao espírito hedonista, senão vejamos:

[...] como o mercado é movido por interesses egoísticos – a busca do maior lucro possível – e a sua relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é que o constitui como uma ordem. Essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta, implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes de mercado⁵⁴.

Fábio Nusdeo busca explicar o funcionamento do mercado, que refletiria nos preços dos bens e serviços:

---

⁵² É importante o esclarecimento no sentido de que *mercado e sistema de mercado* não se confundem. Mercado, como local onde ocorrem permutas, sempre existiu, inclusive nos modelos centralizados. Já o sistema de mercado, que é uma das formas como é chamado este modelo de autonomia, implica no reconhecimento de que o mercado é o responsável por conduzir as atividades econômicas.

⁵³ MCCORMICK, B. J. et al. **Introdução à Economia**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p. 95.

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31. Importante mencionar também que o autor acredita que no final do séc. XVIII, o mercado, mais que um local de trocas, seria um projeto político, como “princípio de organização social (Idem, p. 35).

[...] um conjunto de instituições a permitir aquela interação entre oferta e procura da qual surgirão de forma espontânea, impessoal e objetiva os preços de cada produto e de cada serviço. E esses preços aferíveis por todos os agentes econômicos – operadores do mercado – os levarão a decidir corretamente quanto ao uso dos mesmos bens e serviços, porque todos estarão pautando aquelas decisões por um padrão ou diapasão comum: o hedonismo, provindo deles próprios⁵⁵.

Na mesma esteira de Nusdeo, Troster e Morcillo, conceituam mercado como sendo “*toda instituição social na qual bens e serviços, assim como os fatores produtivos, são trocados livremente*”⁵⁶. Os autores prosseguem mencionando que, muito embora alguns mercados sejam físicos⁵⁷, o que realmente os caracterizaria seria o fato de que em todo mercado “*compradores e vendedores de qualquer bem ou serviço entram livremente em contato para comercializá-lo*”⁵⁸.

Pois é justamente neste espaço *virtual* que o liberalismo econômico acreditava que ocorreria o controle das decisões acerca do plano econômico, ocorrendo então a chamada autorregulação do mercado por conta do princípio hedonista que permearia as relações entre os agentes econômicos.

Já em conceito mais crítico, Avelãs Nunes define mercado como:

[...] uma *instituição social*, um produto da história, uma *criação histórica* da humanidade (correspondente a determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas), que veio servir (e serve) os interesses de uns (mas não os interesses de todos), uma *instituição política* destinada a regular e manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sobre os interesses de outros grupos sociais⁵⁹.

⁵⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

⁵⁶ TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 45.

⁵⁷ No entanto, MCCORMICK *et al* é claro ao afirmar que “*um mercado não tem necessariamente uma localização física*”, cf. MCCORMICK, B. J. et al. **Introdução à Economia**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p. 95.

⁵⁸ TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 46.

⁵⁹ NUNES, A. J. Avelãs. **Noção e objeto da economia política**. 2. ed. Coimbra Almedina, 1996. p. 63 *apud* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 82.

2.3.2 Das “Falhas” do Mercado

Após cerca de 150 anos de liberalismo econômico (ao menos em grande parte dos países ocidentais), foram realizadas muitas críticas ao conceito idealizado de mercado e sua aplicabilidade prática. Muitos economistas costumam elencar as chamadas falhas do mercado para demonstrar a fragilidade do conceito puramente liberal, sendo que, no entanto, prevalece o entendimento de que não seria necessária uma total ruptura de sistema, mas sim a adaptação e certas correções. Este o entendimento de Fábio Nusdeo, senão vejamos:

[...] aos poucos, em grande parte impulsionada pelos desafios políticos, a análise econômica foi submetendo os mecanismos de funcionamento do mercado a uma crítica abalizada, acabando por prevalecer a conclusão de ser ele, o mercado, em si, viável e operacional. No entanto, tal operacionalidade estaria na dependência de diversos pressupostos que a estrutura legal própria do liberalismo não havia logrado captar, muito menos tratar. Como evidente. À ausência daqueles pressupostos, a mecânica operacional do sistema passava a rodar em falso, produzindo resultados também falhos, distanciados do esperado e, em muitos casos, francamente inaceitáveis⁶⁰.

Pois bem, as falhas apontadas são extremamente relevantes e podem ser resumidas no seguinte⁶¹: **a)** rigidez de fatores: falta de mobilidade; **b)** acesso às informações relevantes: falha de transparência; **c)** concentração econômica: falta de estrutura; **d)** externalidades: falha de sinalização; **e)** bens coletivos: falha de incentivo; **f)** falha analítica e institucional: os custos de transação.

A primeira falha seria a respeito da rigidez de fatores que levam à falta de mobilidade. Ora, na proposição clássica do mercado, a mobilidade de fatores de produção seria um dos pilares para o seu correto funcionamento. Isso faz com que os direcionamentos impostos pelo mercado não sejam sempre efetivos. Como exemplo, é possível mencionar o agricultor que decide cultivar determinada planta pelo fato do preço daquele produto estar em alta no mercado. No entanto, muitas vezes o lapso temporal até a produção comercial seria extenso, período no qual o preço pode oscilar por conta de superprodução (vale lembrar que com menos escassez, os preços tendem a

---

⁶⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 139.

⁶¹ A conceituação utilizada é do autor Fábio Nusdeo. Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 138-170.

diminuir), poderia ocorrer alguma depressão na economia etc. É o exemplo da crise do café, quando a crise norte-americana de 1929 surtiu efeitos no mundo todo. Por conta da falta de mobilidade, café foi queimado, houve desemprego, redução de salários etc.

Justamente neste momento as ideias de John Maynard Keynes assumem especial relevância, pois o autor demonstrou que o mercado, por si só, não teria forças para restabelecer a economia num período de recessão. Na década de 30, o autor propõe um programa de ação governamental para a promoção do pleno emprego⁶², criando o que é chamada de “Teoria do Déficit Sistemático das Contas Públicas”, teoria que prega a necessidade de que o Estado, em épocas de depressão, lance no mercado mais recursos do que arrecada, estimulando assim a atividade econômica. Já em períodos de euforia, deveria retirar recursos da economia. Este foi um período de expansão do Estado de Bem-Estar que foi beneficiado por altas taxas de crescimento e participação no mercado de trabalho⁶³.

Segundo Nusdeo, um exemplo de ação neste sentido seria o seguro-desemprego, que seria uma ação antirrecessiva ou anticíclica. Várias inclusive seriam as medidas neste sentido, a exemplo dos subsídios ou estímulos por parte do Estado, medidas estas que contrariam as premissas básicas do liberalismo, numa manifestação de intervencionismo estatal no domínio econômico⁶⁴. Por sinal, domínio público, para Eros Grau, seria o “*campo da atividade econômica em sentido estrito, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado*”⁶⁵.

Percebe-se, com isso, que o sistema de mercado não foi eliminado, mas foi severamente relativizada a separação dos planos decisórios políticos e econômicos. É o que diz Nusdeo, quando menciona que “*o sistema econômico de mercado não chegou a ser eliminado, mas passou, sem dúvida, por modificações várias destinadas a acomodar o Estado na posição de agente indutor ou refreador da atividade econômica no seu conjunto ou em setores específicos*”⁶⁶.

---

⁶² PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁶³ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19.

⁶⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 142 e 143.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 147-148.

⁶⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 143.

A segunda falha seria a falta de transparência no acesso às informações relevantes. Isso porque também seria essencial para o bom funcionamento dos mercados que todos os agentes econômicos tivessem acesso a todas as informações necessárias acerca do próprio mercado e dos produtos transacionados. Ocorre que hoje, em especial pelo avanço da tecnologia, não se sabe mais com exatidão a qualidade ou atribuição dos produtos. Isso pode fazer com que um motivo que, em tese, ensejaria uma alta do preço de um produto futuramente, seja encoberto por algum agente econômico, com o intuito de acumular tal produto enquanto seu preço estaria mais reduzido, aguardando a alta para vendê-lo. Assim, os mecanismos de mercado restariam por distorcidos.

Justamente por conta desta falha, hoje há normas que obrigam os agentes econômicos a prestarem informação com exatidão dos seus produtos, a exemplo do Código do Consumidor (Lei n.º 8.078/90); Lei das S/As (Lei n.º 6.404/76) etc. Um exemplo bastante interessante seria o da figura do chamado *insider trading*, que se utilizaria de informações privilegiadas com o fim de obter vantagens indevidas, a exemplo do previsto no art. 27-D da Lei 6.385/76⁶⁷.

Com relação à concentração econômica (terceira falha), este se revela também como um dos graves problemas do mercado, constituindo uma falha de estrutura. Da forma como idealizado, para que o mercado bem funcionasse, de forma automática e adaptável, sem qualquer interferência estatal, seria importante que houvesse um grande número de compradores e vendedores em constante interação, sem que houvesse situação de hipossuficiência de um com relação ao outro.

Esta premissa falhou. É certo que o conceito de um agente econômico grande demais ou importante demais é relativo, mas passível de aferição no caso concreto, bastando para isso compará-lo com os demais agentes, verificando se um deles (ou um grupo deles) teria poder para distorcer, conduzir, influenciar o próprio mercado, alterando preços (prática chamada de *market share*⁶⁸). Como exemplo, é possível ressaltar a indústria automobilística, em posição de supremacia frente ao consumidor.

---

⁶⁷ Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários.

⁶⁸ Trad. Quota de mercado.

A justificativa para este crescimento exacerbado do poder econômico de determinado agente econômico poderia ser explicado pelo que se chama de economia de escala. A ideia básica é a seguinte: quanto maior a escala de produção, menores serão os preços. Ao lado da economia de escala, haveria também a chamada economia de escopo, na qual uma mesma unidade produtora poderia aproveitar sua estrutura física para desenvolver outras atividades. Dentro do conceito de economia de escopo, seria possível citar os chamados *cluster markets*, que segundo Hongbo Tu⁶⁹, poderiam ser definidos da seguinte maneira:

Cluster marketing here is defined as the convergence of distinct activities within an industrial cluster, with the view to achieve, as a whole, organizational objectives by participating more effectively in the competitive market process and the larger macroenvironment, ensuring competitive advantage through better efficiencies and innovation⁷⁰.

Ocorre que para o aumento desta escala de produção, seria necessário um grande capital financeiro, o que afastaria muitos agentes econômicos do mercado por impossibilidade de concorrência. Os concorrentes não poderiam competir com a quantidade de produtos nem com a qualidade, não esquecendo ainda que na economia de escala é possível arcar de forma mais onerosa com os custos de produção, de modo a sufocar os demais agentes econômicos que não conseguiriam manter o preço dos bens num patamar reduzido por muito tempo. Logo, no monopólio e no oligopólio⁷¹ seria possível controlar artificialmente tanto o preço quanto a quantidade oferecida de determinado bem, distorcendo as regras de mercado.

Na legislação é possível encontrar formas de combate à concentração sobre os mercados, a exemplo da proibição de cartel, de venda casada etc. Ficou famoso neste

---

⁶⁹ TU, Hongbo. **Cluster Marketing Models and Strategies**: The Implications Thereof in the Chinese High-Tech Industry. In: International Journal of China Marketing, vol. 1(2), p. 34-44, 2011.

⁷⁰ Tradução livre: *Cluster marketing* aqui é definida como a convergência de atividades distintas dentro de um cluster (agrupamento) industrial, com o objetivo de alcançar, como um todo, os objetivos da organização, participando de forma mais eficaz no processo de mercado competitivo e macroambiente maior, garantindo vantagem competitiva através de uma melhor eficiência e inovação.

⁷¹ Nusdeo lembra que não se deve confundir a figura apresentada com o monopólio ou oligopólio natural, no qual determinado agente econômico poderia atingir uma escala ótima de produção ou então ter acesso a matéria-prima rara ou a tecnologia exclusiva protegida com patente de invenção. Cf. A conceituação utilizada é do autor Fábio Nusdeo. Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149.

aspecto o *Sherman Act*, chamada de lei antitruste, datado de 1890⁷². No Brasil, é possível destacar a Lei n.º 12.529/2011 (nossa lei antitruste). No entanto, como o Brasil combate o *abuso* do poder econômico, resta evidente que este existe e é uma consequência do capitalismo.

No tocante à quarta falha, qual seja, as externalidades (também chamadas de economias/deseconomias externas), quando idealizado o modelo de liberalismo econômico, havia uma crença quando da criação do modelo de autonomia que na atividade econômica todos os custos e benefícios deveriam recair sobre a unidade produtora responsável, o que normalmente não é observado.

Uma externalidade econômica nada mais seria do que a hipótese na qual o custo de uma atividade de determinado agente econômico passa a onerar outro(s), como p. ex., no caso da poluição⁷³. O conceito de externalidades é bem explicado por Fábio Nusdeo, senão vejamos:

As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando *externamente* ao mercado, vale dizer. Que se quedam incomensurados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço. E, assim, o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas⁷⁴.

As externalidades podem ser negativas, que ocorrem quando redundam em custo para alguém, ou positivas, quando redundam em benefício para alguém. Um exemplo de externalidade positiva seria o caso de uma faculdade que se instala em uma região que necessita de qualificação em determinada área, oferecida pela própria instituição.

No entanto, segundo Nusdeo, prevaleceriam as externalidades negativas. O motivo, segundo o autor, seria o próprio espírito hedonista, que como visto, é o pressuposto psicológico-comportamental para o modelo de sistema descentralizado.

---

⁷² Outros textos legais interventivos seriam: “*Combines Investigation Act*”, de 1910; “*Clayton Act*” e “*Federal Trade Commission Act*”, ambos de 1914. Cf. TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 48.

⁷³ TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 74.

⁷⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153.

Nusdeo menciona que haveria uma tendência do indivíduo em afastar os custos e se apropriar dos benefícios ou, no mínimo, internalizá-los, mediante subsídios dos governos ou redução de impostos, p. ex⁷⁵.

Já que a internalização das externalidades negativas não se apresenta de forma natural, há legislação que busca obrigar agentes econômicos a internalizarem custos externos ou sociais. Como exemplos, seria possível citar a Lei n.º 7.347/85, os ramos do Direito Urbanístico, Direito Ambiental etc. Por sinal, no Direito Ambiental, o princípio do poluidor-pagador retrata muito bem esta ideia.

Muitas externalidades afetam justamente a natureza. Nusdeo explica que isso ocorreria pelo fato de que na natureza há bens escassos a que não seria atribuída propriedade, nem imposto preço. O autor menciona casos de congestionamento, poluição e exaustão de recursos, no seguinte sentido:

Mas o que haveria de comum entre congestionamento, poluição e exaustão de recursos? Exatamente a ausência ou o não exercício mercantil (próprio do mercado) da propriedade. As estradas se congestionam porque apesar de escassas não se cobra um preço pelo seu uso ou então esse preço é muito pequeno. O rio é poluído porque não se cobra um preço pelo uso de suas águas como elemento reciclador de resíduos ou resfriador de aparelhos de produção. O mesmo quanto à atmosfera. Se bem pensarmos, a poluição não passa de um caso especial de congestionamento, o congestionamento dos bens ambientais, oferecidos gratuitamente⁷⁶.

Continuando com as falhas do mercado, há a falha de incentivo com relação aos bens coletivos (quinta falha). A justificativa seria que pelo hedonismo, o mercado tornar-se-ia não-operacional no suprimento de bens coletivos ou públicos, já que, em razão da possibilidade de apropriação, os agentes públicos teriam preferência por bens exclusivos. Ademais, não teriam interesse no financiamento de obras públicas, já que muitos aproveitariam deste bem público ainda que não tivesse contribuído (são os chamados *free riders*). Exemplo é o acúmulo de automóveis e a falta do metrô.

O que não pode se esquecer é que a necessidade de bens coletivos continua existindo. Deste modo, ainda que exista a necessidade, ela não seria suprida pelo mercado por falta de incentivo no encaminhamento de recursos, o que dá margem a um

---

⁷⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 156-157.

⁷⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 156-158.

aumento do rol de atividades governamentais. O Direito Tributário, Direito Financeiro e Direito Administrativo acabam desempenhando esta função.

Por fim, a sexta e última falha de mercado seria chamada de falha analítica e institucional, pois o sistema idealizado não levaria em consideração os custos de transação. A crença inicial era a de que o preço seria um fator natural, baseado na lei da oferta e da procura. Tal visão não englobava custos de transação, que são aqueles decorrentes do funcionamento de instituições destinadas a dar estabilidade nas relações ocorridas justamente no mercado, da burocracia etc.

Após o apontamento de várias falhas do mercado, é necessário concluir que o modelo de sistema descentralizado se afigurou insuficiente. No entanto, por conta das virtudes do modelo, se entende que não há necessidade de uma quebra radical, mas sim de adaptação do modelo no sentido de corrigir as falhas apresentadas.

É neste sentido que inicia um discurso acerca da necessidade de ações corretivas por parte do Estado. Conforme ressalta Nusdeo, com o decurso do tempo e as críticas que eram feitas ao modelo, *“foi-se acoplando ao processo decisório do mercado um aparelho controlador de caráter burocrático, destinado a impedir as consequências mais indesejáveis o seu funcionamento”*⁷⁷. Neste sentido, analisando os problemas do pleno emprego e da estabilidade econômica, Diva Pinho ressalta que Keynes também considerava que um capitalismo não regulado seria incompatível com estes postulados⁷⁸. Passa a ser necessária a intervenção do estado na economia, portanto, com o Estado suprindo as deficiências do mercado, bem como o direcionando a certos objetivos de política econômica. Interessante que há um paradoxo quando da intervenção do estado na economia, como aponta Nusdeo:

E este é um aspecto importante, pois veio deixar nítido que as ameaças à liberdade podem provir de outras fontes que não apenas o Estado. À liberdade do poluidor de poluir, corresponde a falta de liberdade da população de respirar ar puro ou de adquirir alimentos não contaminados. O poder do monopolista de provocar a escassez e fixar preços significa a compulsória entrega a ele de parcela extra da renda do consumidor e o tolhimento da liberdade de iniciativa de seus concorrentes menos poderosos⁷⁹.

---

⁷⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 167.

⁷⁸ PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁷⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 168.

Logo, o Estado passa a intervir na atividade econômica por critérios de necessidade, visando corrigir as falhas e distorções do mercado. Mas a intervenção do Estado não se limita a suprir as falhas do mercado, mas também define objetivos econômicos, como será visto no próximo capítulo.

Numa visão bastante crítica do mercado, Karl Polanyi assevera que "*separar o trabalho das outras atividades da vida e sujeitá-lo às leis do mercado foi o mesmo que aniquilar todas as formas orgânicas da existência e substituí-las por um tipo diferente de organização, uma organização atomista e individualista*"⁸⁰. Esta característica de um capitalismo atomizado é também ressaltada por Diva Pinho, quando a autora menciona que "*o capitalismo 'atomizado' e concorrencial do início do século XIX cedia lugar a um capitalismo 'molecular' ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística*"⁸¹.

Antes de iniciar a análise da intervenção do Estado na atividade econômica, destaca-se como de fundamental importância para a presente pesquisa a constatação de que grande parte dos chamados crimes econômicos visam a proteção justamente de bens jurídicos afetados por conta das falhas apresentadas (externalidades, concentração econômica, falta de informações), o que confere ao Direito Penal Econômico um caráter de instrumentalidade inequívoco, como *ultima ratio* para preservação e correção do modo de produção capitalista⁸².

---

⁸⁰ POLANYI, Karl. **A grande transformação**: As origens da nossa época. Trad. de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980. p. 167.

⁸¹ PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

⁸² Apenas para citar um exemplo, Fábio Nusdeo, em obra que defende a Codificação do Direito Econômico, sustenta que o Direito Penal Econômico deveria constituir um capítulo do *codex*. Na visão do autor, um Código Econômico poderia ser estruturado em cinco livros, quais sejam: "*1 – Parte Geral: Procedimentos Para a Formulação e Aplicação da Política Econômica; 2 – Tutela da Concorrência e Repressão do Abuso do Poder Econômico; 3 – Defesa do Consumidor; 4 – Direito Ambiental; 5 – Direito Penal Econômico*" (grifo nosso). Cf. NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 198.

2.4 DO INTERVENCIONISMO E DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

No decurso do tempo em que o liberalismo econômico foi adotado, foram surgindo as críticas ao sistema, em especial com a demonstração das falhas do mercado, vistas no tópico anterior. Em verdade, outras críticas foram feitas, a exemplo dos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), que seriam contrapostos pelo poder econômico, em decorrência de uma das falhas vistas (concentração econômica). Isso pelo fato de que a liberdade acabou justamente levando à formação do poder econômico, que eliminou a concorrência; do mesmo modo, a igualdade era meramente formal, já que os agentes econômicos atuavam no mercado em condições de total desigualdade; por fim, a fraternidade se mostrava incompatível com o espírito hedonista, pressuposto psicológico-comportamental de tal sistema, como visto. Ocorre que o mercado precisa de segurança jurídica para ter seu correto funcionamento, de modo que uma intervenção do Estado poderia inclusive ser considerada um reduto de riscos na atividade econômica. Como afirma Eros Grau, “*é necessário que o Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os próprios capitalistas*”⁸³.

Deste modo, o Estado passou a assumir o papel de agente regulador da economia, intervindo não somente para corrigir as falhas do mercado, mas também no sentido de direcionar o mercado para certos objetivos escolhidos, em tese, democraticamente, na mudança do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, ou, conforme alguns autores, apenas Estado Social⁸⁴.

É justamente a análise do momento em que se afigura a mudança do papel do Estado que interessa neste capítulo. Resta saber qual foi o momento em que o Estado passou a intervir na atividade econômica, quais seriam as principais características e modalidades de intervenção, bem como qual seria a ordem econômica, sistema e modelo implementado no Brasil após a Constituição de 1988.

---

⁸³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58.

⁸⁴ SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito Financeiro e Econômico**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 136.

2.4.1 Premissas históricas da Intervenção - Do Welfare State à Previsão Constitucional do Intervencionismo

O termo *welfare state*⁸⁵ foi primeiro utilizado por Alferd Zimmern, na década de 30 do século passado. Na visão de Zimmern, a princípio, o *welfare state* seria um contraponto ao *power state*, com o predomínio da lei, em uma ideia que muito se aproximada do Estado democrático de Direito. Na mesma década de 30, comparava-se a Inglaterra ao *welfare state* e a Alemanha nazista ao *power state*. Somente após o término da Segunda Guerra é que o termo passou a indicar “a provisão de vários serviços pelo Estado de uma maneira centralmente coordenada e centralizada”⁸⁶.

Os autores dão diferentes marcos históricos para o início da intervenção do Estado na economia. Troster e Morcillo, p. ex., embora admitam que de uma forma ou outra o Estado sempre interferiu na economia, dizem que a situação teria intensificado em 1929, quando da Grande Depressão, em especial com as ideias de John Maynard Keynes⁸⁷. Em verdade, antes mesmo da década de 30, na passagem do século XIX para o século XX teria surgido o chamado Estado neoconcorrencial ou intervencionista. Muito embora depois tenha sido melhor delimitado e ampliado o intervencionismo estatal, é certo que no Estado Liberal o Estado também intervia, só que de que forma muito mais restrita, em especial para proteger a propriedade privada, com o uso do poder de polícia, bem como no desenvolvimento de atividade econômica no setor de

---

⁸⁵ É importante ressaltar que o termo *Welfare State* (Estado de Bem-estar) não se confunde com o termo *Welfare Economics* (Economia de Bem-Estar), pois enquanto o aquele resulta em uma tentativa do Estado de assegurar a todos um determinado nível de atendimento de suas necessidades básicas, este traria uma ideia de atuação oficial neutra, com base em preferências coletivas expressadas pelos preços do mercado (NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 24-25).

⁸⁶ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 1 e 2. Também Vinícius Marins traça características semelhantes do Estado intervencionista, mencionando que este modelo de Estado teria surgido no momento em que o Estado se torna providencialista e busca a promoção de direitos sociais. Cf. MARINS, Vinicius. Direito Econômico e intervencionismo consensual: o caso das parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.). **Direito Econômico: evolução e institutos** [obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca]. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 68.

⁸⁷ TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002. p. 215. Andréa Fabri, dando ênfase ao planejamento econômico quando da origem do intervencionismo, menciona que quando da implantação das ideias de Keynes para superar a crise de 1929, teria sido fundamental atos de planejamento como o *Tennessee Valley Act* (1933). Cf. FABRI, Andréa Queiroz. Falhas de Mercado: por uma nova visão do planejamento econômico. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.). **Direito Econômico: evolução e institutos** [obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca]. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 55.

serviços públicos, com p. ex. no transporte público. Inclusive, Eros Grau, neste sentido, assevera que:

O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à *constituição* e *preservação* do modo de produção social capitalista, posteriormente à *substituição* e *compensação* do mercado⁸⁸.

No período que antecedeu o liberalismo econômico também era comum o intervencionismo e o monopólio estatal, que tinha apresentado seu auge na era mercantilista. No entanto, não havia qualquer preocupação com o bem-estar da população e a produção era voltada para os interesses do soberano⁸⁹. Interessa para o presente trabalho não esta forma de intervenção, mas sim aquela ocorrida após a crise do liberalismo.

Melhor delimitando o tema, explica Kerstenetzky que esta modalidade de intervenção pública (no sentido de promover o bem-estar) teria surgido na Alemanha, na virada do século XIX para o século XX, com a unificação e construção do Estado promovida por Otto von Bismarck. Este modelo alemão teria sua característica voltada ao contrato de trabalho, inaugurando o seguro nacional compulsório (1871). Décadas depois, a Inglaterra do pós-Segunda Guerra Mundial teria iniciado um processo de revisão das *leis dos pobres*, sendo que o modelo inglês estaria fundado na noção de cidadania bem como passou a estabelecer o direito a um padrão de vida mínimo para todos. Outras experiências também são citadas pela autora, a exemplo do *New Deal* americano (1935) e a Aliança *Red-Green* sueca (1933)⁹⁰.

Houve uma ampliação do chamado Estado-aparato e do Estado-ordenamento⁹¹, porém sem perder de vista a necessidade de proteção da propriedade.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19 e 26.

⁸⁹ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 434.

⁹⁰ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 6. Com relação à aliança *red-green*, esta seria um acordo entre o governo minoritário da Social Democracia e o Partido Agrário para a superação da crise vivida pela Suécia na época (KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Welfare state e desenvolvimento**. In: Dados, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582011000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 Dez. 2013).

⁹¹ Outros termos que são utilizados para definir o Estado de Bem-Estar Social seriam: sistema de proteção social, seguridade social políticas sociais, estado-providência, bem-estar público, administração social, serviços sociais etc.

Em busca do desenvolvimento, o Estado teria passado a atuar juntamente com o setor privado (leia-se burguesia), manifestando-se aqui uma espécie de “capitalismo assistencial”, pelo qual, segundo Grau, “*os custos empresariais, assim, são “bancados” pelo Estado e, nos mais desenvolvidos, o imperialismo os exorta aos de capitalismo mais frágil*”⁹². Insta consignar que o crescimento do Estado na economia não significa uma aproximação do sistema socialista, tendo em vista que a intervenção ocorreria justamente para corrigir as falhas do mercado e manter o próprio capitalismo.

Os primeiros programas que teriam surgido no sentido de um Estado de Bem-Estar seriam relacionados a seguros contra acidentes de trabalho, doença, invalidez e velhice. Já no que Kerstenetzky chama de “segunda onda”, surgiram programas de aposentadorias por tempo de serviço e pensões e o seguro-desemprego. Por fim, na “terceira onda” teriam sido criados benefícios para as famílias⁹³.

Nesta nova feição do Estado, Eros Grau prossegue e aponta quatro funções que ele passou a assumir: **1)** constituir e preservar o modelo de produção capitalista, de um lado garantindo com o direito civil o direito à propriedade e à liberdade de contratar, bem como, de outro lado, evitando as falhas de mercado, com legislações a exemplo da antitruste; **2)** complementar o mercado, com a criação, p. ex., de novas instituições de direito empresarial; **3)** substituição de mercado, quando verificada a debilidade de suas forças motrizes econômicas; **4)** compensação de disfunções do processo de acumulação, assumindo o Estado algumas externalidades e implementando regulações e intervenções, sendo que estas últimas duas funções seriam típicas do chamado capitalismo organizado⁹⁴.

No Brasil, os primeiros programas que remetem à constituição de um Estado de Bem-Estar seriam no sentido da proteção social de servidores do Estado, civis e militares, no final do século XIX. Ao longo do século XX, foram lentamente estendidas aos empregados de indústrias e comércio, limitando-se a seguros coletivos,

---

⁹² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 28 e 29.

⁹³ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 13. A autora ainda cita três fases no desenvolvimento do Estado de Bem-Estar: **1)** fase normativa: final do século XIX até o final da Primeira Guerra Mundial; **2)** fase de consolidação: período entre as duas Grandes Guerras; **3)** fase de expansão: também chamada de *golden age*, se estendendo de 1940 a 1970 (Idem. p. 16).

⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20 e 21.

com concentração na legislação do trabalho e na seguridade social⁹⁵. Buscando sistematizar as ondas de progresso no tocante à promoção do bem-estar no Brasil, Kerstenetzky assim relata:

[...] é possível reconhecer três ondas longas de inovação institucional e difusão de direitos sociais no Brasil: os anos de *bem-estar corporativo*, entre 1930 e 1964, nos quais se desenharam e implementaram as legislações trabalhistas e previdenciárias, fase que se estende de modo principalmente inercial e incremental entre 1946 e 1964; o período de *universalismo básico*, compreendido entre os anos de 1964 e 1984, quando se unificou e estendeu, de modo diferenciado, a cobertura previdenciária para estratos sociais tradicionalmente excluídos e se criou um segmento privado simultaneamente a um público na saúde, este último voltado para os não cobertos pelos segmentos contributivos e privado; e o período pós-1988, com a institucionalização da assistência social, a fixação de um mínimo social, a extensão da cobertura previdenciária não contributiva, a criação do Sistema único de Saúde e, mais recentemente, a política de valorização do salário mínimo, renunciando não sem percalços um *universalismo estendido*⁹⁶.

Outra análise que pode ser feita a respeito do Estado de Bem-Estar e o intervencionismo seria no sentido da inclusão nas constituições de preocupações econômicas. Isso pelo fato de que, a partir de 1917, com a Constituição Mexicana, passou-se a incluir em muitas constituições esta preocupação. Em 1918, a Lei fundamental soviética também trazia no seu bojo a matéria econômica, mas dentro de outro contexto (sistema centralizado), já que abolia a propriedade privada da terra. Já em 1919, a Constituição Alemã (de Weimar) também tratou da economia, incluindo um capítulo sobre a vida econômica. Com relação às Constituições, em especial a Mexicana e Alemã, é necessário fazer um alerta para o fato de que alguns autores colocam tais constituições e a teoria keynesiana em situações diferentes no tocante ao intervencionismo. Citamos como exemplo a doutrina de Vizeu Figueiredo, para o qual a teoria keynesiana poderia configurar um *Estado intervencionista econômico*, no qual haveria uma preocupação com políticas públicas de crescimento e geração de trabalho produtivo, mas sem maiores preocupações sociais; já no caso das Constituições

---

⁹⁵ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 177-178.

⁹⁶ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 181.

mencionadas, para o autor seria possível falar em *Estado intervencionista social*, no qual haveria maior preocupação social⁹⁷.

Por este motivo, ao tratar expressamente da vida econômica, estas constituições se afastaram das constituições liberais, também chamadas de clássicas ou de garantia.

Hoje, tais constituições são consideradas como constituições programa, pois traçam objetivos e metas a ser alcançadas, tais como bem-estar, justiça social, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento etc. Sem garantir um mínimo existencial, não faria sentido de se falar em liberdade, que ficariam limitadas à previsão abstrata na lei. Flávia Piovesan, ao comentar sobre o caráter indivisível da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas em trecho que se aplica perfeitamente ao ora tratado ilustra bem a ideia que se pretende passar:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade⁹⁸.

Para alguns autores, algumas constituições atuais, a exemplo da brasileira, também poderiam ser chamadas de sociais-democratas, já que apresentam foco na manutenção do Estado de Direito e na democracia, “com direcionamento às necessidades sociais, a significar a uma mais equitativa distribuição de renda”⁹⁹.

A Constituição de 1988 inegavelmente adotou o modelo do *Welfare-State*, o que pode ser comprovado com a leitura do seu art. 3.º, IV, segundo o qual, “*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

⁹⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 41-42. Destaque-se que o autor ainda menciona o *Estado intervencionista socialista* e o *Estado regulador*, os quais não serão objeto de análise na presente pesquisa.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142.

⁹⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 204.

Há também quem chame de constituição econômica, justamente pela previsão nos textos constitucionais da matéria econômica. Como exemplos, é possível mencionar a Constituição de Weimar, de 1919, em que existia um capítulo chamado de “vida econômica”; na Constituição italiana de 1947, em que havia um capítulo chamado de “relações econômicas”; na Constituição espanhola de 1978, na qual também foi contemplada com um capítulo chamado de “Economia e Finanças”, etc.

A respeito das constituições econômicas, Nusdeo assevera que:

[...] em essência, os dispositivos de caráter explicitamente econômico nas constituições modernas tem por finalidade deixar assentada a possibilidade jurídica de o Estado se fazer presente no processo econômico – dentro, é claro, de limites e condições –, sem ofensa à ordem constitucional, cuja origem permanece liberal¹⁰⁰.

Uma questão interessante está em verificar em quais setores deveria o Estado se fazer presente. Numa linha ligada ao *Welfare-State*, o Estado deveria promover o bem-estar, visando a atender necessidades mínimas do ser-humano, tais como saúde, educação, cultura etc., tanto que seriam institutos deste modelo o seguro desemprego, programas de renda mínima etc. Já em uma linha desenvolvimentista, a ênfase seria no sentido de um maior dirigismo da economia, inclusive com a criação de agências reguladoras¹⁰¹.

No Brasil, desde 1934, as Constituições passaram a abordar expressamente aspectos econômicos. Normalmente, tais aspectos estavam inseridos em um capítulo chamado “Da Ordem Econômica e Social”, mas na Constituição Federal de 1988 a matéria foi inserida em um capítulo chamado “Da Ordem Econômico-Financeira”. Inclusive, analisando o artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, resta clara a opção por um sistema econômico “misto” ou “dual”, já que mantém as bases do sistema descentralizado, mas permite a intervenção estatal em determinadas hipóteses.

O modelo adotado hoje no Brasil é questionado por alguns autores, a exemplo de Nusdeo, que aponta 6 problemas: 1) princípios motores diversos: o setor privado estaria regido pelo espírito hedonista, havendo uma quebra deste pressuposto quando há regulamentação; 2) juridificação: com a proliferação de normas legais e

¹⁰⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 205.

¹⁰¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216-217.

regulamentares haveria uma má absorção, má adaptação e até mesmo a rejeição pelo mercado; 3) captura: ocorreria quando as exigências regulamentares se amoldassem às conveniências e interesses das unidades reguladas; 4) grupos de pressão: compostos pelos *lobbies* de grandes empresas; 5) interesses próprios dos reguladores: ocorreria quando as agências oficiais teriam objetivos diversos daqueles assinados, por razão de prestígio, poder etc.; 6) poder da burocracia: poderiam levar a resultados não plenamente legítimos¹⁰². Inclusive, na década de 90, foi fortalecido o movimento do neoliberalismo que pleiteava um Estado mínimo, visando melhor delimitar sua atuação na atividade econômica.

2.4.2 Da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988

Após a análise mais ampla da intervenção do Estado na Economia, é o momento de se analisar especificadamente a questão sob o prisma da Constituição Federal de 1988. Trata-se de etapa imprescindível para verificar como a ordem econômica restou estruturada, indicando assim a configuração jurídica que fundamenta a intervenção do Estado.

A Constituição de 1988 pode ser classificada como dirigente, já que traz uma série de objetivos a serem alcançados pelo Estado, no sentido de normas programáticas que contém diretrizes, programas e finalidades, a exemplo do art. 4.º, IV, que prevê ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Busca-se o chamado Estado de Bem-Estar ou Estado de Bem Comum, sendo que André Ramos Tavares, descrevendo as características destas Constituições, afirma que: “*é bastante comum, nesse tipo de Constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os*”¹⁰³.

---

¹⁰² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 217-221. Já Arx Tourinho aponta três causas que demonstraram a necessidade de superação do sistema liberal: acumulação de capital; progresso técnico e; concentração de capitais. Cf. TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 47.

¹⁰³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.

É comum encontrar na doutrina a classificação da Constituição brasileira como sendo uma constituição econômica, posto que traria normas de interpretação e regularia a ordem econômica da nação¹⁰⁴.

Voltando à ordem econômica, na lição de Eros Grau, esta seria apenas uma parcela da ordem jurídica. Ordem jurídica, portanto, compreenderia: **1)** ordem pública; **2)** ordem privada; **3)** ordem econômica; **4)** ordem social¹⁰⁵.

Da análise das Constituições do Brasil, percebe-se que as constituições de 1824 e 1891 nada previam acerca da ordem econômica (afinal, como já visto, eram constituições liberais, clássicas ou constituições garantia). Já a Constituição de 1934 foi a primeira a trazer, no seu título IV, a previsão da “*Ordem Econômica e Social*”. A Constituição de 1937 trazia a previsão da “*Ordem Econômica*”. A Constituição de 1946 também previa a “*Ordem Econômica e Social*”, o que foi repetido pela Constituição de 1967. Por fim, a Constituição de 1988 trata da “*Ordem Econômica e Financeira*”.

É importante verificar que ordem econômica comporta vários significados, desde uma situação de fato de determinada economia, até mesmo no sentido de uma ordem jurídica econômica (sentido este que será utilizado neste trabalho). Para Eros Grau, “[...] *ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionalizam uma determinada ordem econômica (mundo do ser)*”¹⁰⁶. Quem bem trata desta diferenciação é Vital Moreira, que conceituando a ordem econômica, diz:

- em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;
- em um segundo sentido, “ordem econômica” é a expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do

¹⁰⁴ SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito Financeiro e Econômico**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 72. O autor também classifica ordem econômica como o conjunto de normas, da constituição dirigente, voltado à conformação da ordem econômica (Idem. p. 91).

comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
 - em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem *jurídica* da economia¹⁰⁷.

Em consequência da conceituação de Vital Moreira, Eros Grau menciona que o texto do art. 170 da Constituição Federal indicaria um conceito de fato, devendo, no entanto, ser lido como um conceito normativo. Logo, a redação que consta como “*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]*” deveria apresentar a seguinte redação: “*A ordem econômica deverá ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]*”¹⁰⁸. Deste modo, quando a Constituição Federal traz no seu texto uma ordem econômica do mundo do *dever ser*, ela institucionaliza a substituição de uma ordem econômica liberal para uma ordem econômica intervencionista.

No entanto, prossegue Eros Grau, haveria uma “inutilidade” relativa do conceito de ordem econômica. Isto se deve ao fato de que, na forma como disposto no texto constitucional, dispositivos acerca da ordem econômica não estariam apenas restritos ao título VII, a exemplo dos arts. 1.º, art. 3.º da Constituição, bem como ao fato de que a ordem econômica não de esgotaria na Constituição, como ocorre p. ex. com o caso do art. 173, § 4.º, quando diz “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”¹⁰⁹. Independente desta visão mais crítica, abordaremos a ordem econômica (dever ser) como sendo um conjunto de normas que institucionalizam uma determinada ordem econômica (ser).

Com relação à ordem econômica determinada pela Constituição, deve-se ter em mente que houve, de fato, a consagração de uma economia de mercado, de natureza capitalista, em especial com a garantia dos direitos de propriedade e liberdade de

¹⁰⁷ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 67-71.

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 67-68.

¹⁰⁹ Ainda, o autor busca enumerar quais seriam os preceitos de ordem econômica na Constituição, citando os seguintes artigos: art. 1.º; art. 3.º; art. 7.º a 11; art. 201 e 202; art. 218 e 219; art. 5.º LXXI; art. 24, I; art. 37, XIX e XX; art. 103, § 2.º; art. 149 e art. 225. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 194.

contratar, bem como quando, p. ex., reconhece o poder econômico, coibindo apenas o seu abuso (art. 173, § 4.º) ou quando declara a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173). No entanto, houve um distanciamento do liberalismo econômico. Na ordem econômica brasileira, seriam dois os seus grandes fundamentos, previstos no art. 170: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Inclusive, neste aspecto, José Afonso da Silva menciona que, “*embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado*”. A conclusão a que chega o autor decorre do próprio texto constitucional, que, como visto, menciona a *valorização* do trabalho humano de um lado, bem como a livre iniciativa, dando preponderância para a primeira¹¹⁰.

Ainda procedendo à análise do art. 170 da Constituição Federal, percebe-se que a finalidade da ordem econômica brasileira seria assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹¹¹, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País¹¹².

Uma questão que é muito debatida entre os economistas e os juristas dedicados ao Direito Econômico diz respeito ao fato de ser o Estado intervencionista ou não. Nusdeo, p. ex., menciona que a ideia de intervenção estaria relacionada à transitoriedade do ato, o que não ocorre na nova realidade vivida, posto que o Estado deixou de intervir na economia para integrá-la, em especial após a Segunda Grande

---

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 788.

¹¹¹ Para José Afonso da Silva, por regime de justiça social, deve-se entender “*aquele em que cada um deve dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política*”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 789.

¹¹² Muito embora alguns princípios pudessem ser melhor classificados como objetivos, José Afonso da Silva menciona que não haveria problema em considera-los princípios “*na medida em que constituem preceitos condicionadores da atividade econômica*”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 792.

Guerra. Assim, teria o Estado passado a ser também um agente econômico, atuando em diversos setores ou atividades específicas (mas não em conjunto). Por conta disso, Nusdeo menciona que teriam surgido diversas nomenclaturas para este novo modelo, tais como: economia social de mercado, economia dirigida, economia de comando parcial, planejamento democrático, economia de iniciativa dual etc¹¹³. Em outra obra do mesmo autor é possível encontrar a seguinte assertiva: “*a expandida ação oficial ou semi-oficial na economia, torna o Estado um participante habitual do sistema econômico e não mais um interventor aleatório*”¹¹⁴.

Já Eros Grau afirma que o Estado é intervencionista, mas apenas quando atua na chamada *atividade econômica em sentido estrito*. Já quando regula ou presta serviço, não praticaria intervenção, pelo fato de não atuar na esfera de outrem, mas sim em esfera própria¹¹⁵.

Por certo que a nova conformação jurídica da ordem econômica trouxe certo afastamento do sistema de autonomia, em específico quando se passou a admitir também o Estado nos planos decisórios, juntamente com o mercado. No entanto, nem por isso é possível dizer que o sistema passou a ser centralizado. Em verdade ele se tornou “híbrido”, razão pela qual alguns autores denominam o atual sistema como misto ou de iniciativa dual. Porém, não seria correto afirmar que houve uma superação do modelo anterior, mas sim o seu aprimoramento, já que com as críticas sofridas houve o desenvolvimento do modelo para que as falhas fossem supridas.

Neste sentido, afastando qualquer dúvida acerca da não aproximação com um sistema socialista, José Afonso da Silva diz que:

No mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o *modo de produção capitalista*, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica [...] ¹¹⁶.

¹¹³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 187 e 188.

¹¹⁴ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 94.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 786.

Quanto aos princípios aplicáveis à ordem econômica, poder-se-ia citar o art. 1.º, *caput* e incisos; art. 2.º; art. 4.º; art. 5.º, *caput* e incisos; art. 170, *caput* (parcialmente) e incisos, todos da Constituição Federal¹¹⁷. Já quanto às diretrizes da ordem econômica, estas estão dispostas no art. 3.º; art. 4.º, parágrafo único; art. 170, *caput*, todos da Constituição Federal.

Um ponto que parece conduzir ao objetivo deste trabalho seria no sentido de demonstrar que hoje o Direito Econômico deixou de ser mero instrumento de interpretação do Direito como um todo, tornando-se verdadeiro ramo autônomo do Direito. Sem aprofundar na discussão acerca da autonomia do Direito Econômico, o fato é que o art. 24, I da Constituição Federal reconheceu tal autonomia, quando concedeu à União, Estados e Distrito Federal a competência para legislar sobre *Direito Econômico*¹¹⁸. E justamente aqui residiria uma grande peculiaridade deste ramo, já que suas normas estariam inseridas em outros ramos do Direito, constituindo-se em normas de caráter instrumental da política econômica¹¹⁹.

Deve ser ressaltado aqui o risco de total instrumentalização do Direito Penal por conta da ideologia envolvida na área econômica. Neste aspecto, esclarece Eros Grau: “o direito – e, muito especialmente, a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual se opera a cristalização de mensagens ideológicas”¹²⁰.

No modelo econômico brasileiro, Eros Grau aponta as seguintes características: **1)** há rejeição da economia liberal e do princípio da auto regulamentação da economia; **2)** a ordem econômica liberal foi substituída por uma ordem econômica

¹¹⁷ Dentre os princípios que auxiliariam na interpretação da ordem econômica, poder-se-ia citar: **1)** dignidade da pessoa humana; **2)** valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; **3)** construção de uma sociedade livre, justa e solidária; **4)** garantir o desenvolvimento nacional; **5)** erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; **6)** liberdade de associação profissional ou sindical; **7)** garantia do direito de greve; **8)** ditames da justiça social; **9)** soberania nacional, propriedade e função social da propriedade; **10)** livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; **10)** integração do mercado interno ao patrimônio nacional.

¹¹⁸ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - **direito** tributário, financeiro, penitenciário, **econômico** e urbanístico [grifo nosso].

¹¹⁹ Assim diz Fábio Nusdeo: “Trata-se, no entanto, de um ramo *sui generis*, ou seja, tem uma particularidade toda dele, que deriva do fato de as suas normas, em grande número de casos, estarem inseridas formalmente em outros ramos jurídicos, marcando-os porém com o seu caráter específico de normas instrumentais de política econômica”. Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 207.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 168-169.

intervencionista; 3) o Estado passou a ser agente de promoção do bem-estar; 4) A ordem econômica na Constituição de 1988 seria no sentido de buscar um modelo de bem-estar¹²¹.

Ao término desta primeira análise, algumas opções do constituinte restam bastante claras: 1) a ordem econômica na Constituição de 1988 optou pelo sistema econômico descentralizado, também chamado de sistema de mercado ou de autonomia, ou ainda de capitalismo; 2) o modelo econômico adotado foi o modelo de bem-estar (*welfare-state*), admitindo e privilegiando a atuação e intervencionismo estatal na economia, quando para buscar os fins estipulados pela Constituição Federal.

Pois bem, da análise dos artigos 1.º, 3.º e 170 da Constituição Federal, é possível afirmar que o constituinte brasileiro optou pelo modelo econômico de bem-estar¹²².

Assim, mais à frente, cumprirá verificar se o Direito Penal Econômico pode conformar-se com este caráter meramente instrumental ou se seria necessário estabelecer limites outros para sua utilização.

2.4.3 Aspectos gerais da intervenção na economia

O intervencionismo estatal poderia ser definido como “*a forma legal através da qual o Estado interfere na vida econômico-social, de cunho capitalista, com a finalidade de promover o desenvolvimento material e atingir o bem-estar social*”¹²³.

Inicialmente, deve ser destacado que não há consenso acerca do termo intervenção. Por um lado, Nusdeo, p. ex., menciona que a ideia de intervenção estaria relacionada à transitoriedade do ato, o que não ocorreria na nova realidade vivida, posto que o Estado deixou de intervir na economia para integrá-la¹²⁴. Por outro lado, Eros Grau, embora mencione que o termo “intervenção” (pág. 21), a princípio, não seria correto por indicar uma falsa ideia de que haveria uma cisão entre Estado e sociedade

¹²¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 312-314.

¹²² Inclusive, por conta destes dispositivos, Eros Grau afirma que não haveria qualquer possibilidade de alteração do modelo econômico para o chamado neoliberalismo.

¹²³ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 47.

¹²⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 188.

civil, conclui que é possível sim falar em intervenção, que seria simplesmente a atuação em área de outrem (atividade econômica em sentido estrito). Alguns autores mencionam que o intervencionismo estaria relacionado a ideia de “estatismo”, “corporativismo”, “capitalismo planejado”, “economia dirigida”, “reformismo” etc¹²⁵. Arx Tourinho inclusive apresenta argumento que se aproxima do explicado por Eros Grau, já que a intervenção pressupõe que o objeto não lhe pertença, sendo que esta característica só seria possível no capitalismo, em especial pautado pela propriedade privada e a livre iniciativa. Prossegue o autor afirmando que “*em um sistema econômico onde inexistente a consagração da livre iniciativa e onde se repeliu a propriedade privada dos meios de produção, não pode haver intervenção estatal, porque o Estado já se constitui na peça fundamental e única do jogo econômico*”¹²⁶.

Um conceito fundamental quando se analisa a intervenção é o conceito de atividade econômica, que será determinante para a diferenciação entre *intervenção* e *participação*. Atividade econômica pode ser compreendida como gênero e como espécie, definição esta que inclusive traz os balizadores para definição do que seria intervenção ou não. Para a definição que será adotada na presente pesquisa, o gênero atividade econômica (sentido amplo), comportaria três espécies: **1)** serviço público; **2)** atividade econômica (em sentido estrito); **3)** atividades ilícitas (a exemplo de loterias, que de ilícitas viraram serviço público). A atividade econômica em sentido estrito¹²⁷ seria aquela privativa dos particulares. Logo, considerando que intervenção, como dito, seria a atuação em área de outrem, só haveria sentido de se falar em intervenção quando o Estado atua em área que não é sua, qual seja, a atividade econômica em sentido estrito (domínio público)¹²⁸. Motivo pelo qual a presente diferenciação foi apresentada.

Complementando o raciocínio acima exposto, quando é o particular que atua na atividade econômica em sentido estrito, não há de se falar em intervenção, mas sim em exploração de atividade econômica. O mesmo pode ser dito quando é o Estado a prestar serviços públicos, hipótese de mera participação. Sintetizando a ideia,

---

¹²⁵ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 45-46.

¹²⁶ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 46.

¹²⁷ São exemplos de atividade econômica em sentido estrito os artigos 173 e 173, § 1.º da Constituição Federal. Por outro lado, seriam exemplos de atividade econômica em sentido amplo o art. 170 e 174 da Constituição Federal.

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 103 e 104.

intervenção seria tão somente a atuação do Estado em área da atividade econômica em sentido estrito.

Feita esta primeira delimitação, o momento é propício para a análise de como Constituição Federal de 1988 tratou da intervenção, o que ajudará a responder a pergunta de quando o Estado poderia intervir na economia.

Da análise da Constituição, se extrai duas hipóteses de intervenção: uma direta e uma indireta.

Com relação à forma de intervenção direta, é possível dizer que se trata de hipótese mais rara e restrita, justamente pelas condicionantes impostas pelo constituinte. Ela está prevista especialmente no art. 173, que diz: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*” (grifo nosso). Como visto, é hipótese mais restrita justamente por condicionar a intervenção para os casos em que há relevante interesse coletivo ou quando necessário para resguardar a segurança nacional. Note-se que o artigo 173 menciona “*ressalvados os casos previstos nesta Constituição*”, o que remete à outra hipótese tratada pela Constituição de intervenção direta, qual seja, a atividade que constitui monopólio da União, monopólios estes que estão previstos no art. 177 da Carta Magna¹²⁹. Logo, sintetizando, há três hipóteses em que pode ocorrer a intervenção direta na atividade econômica: **1)** monopólio; **2)** quando há relevante interesse coletivo; **3)** quando necessário para resguardar a segurança nacional.

José Afonso da Silva, analisando as hipóteses de ingerência do Estado na economia, muito embora apresente uma diferenciação distinta da já apresentada¹³⁰,

---

¹²⁹ Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

¹³⁰ Para José Afonso da Silva, o art. 173 traria uma forma de participação, bem como o art. 177, ambos da Constituição Federal. Somente o art. 174, na visão do referido autor, haveria uma hipótese de intervenção.

menciona que o art. 173 trouxe uma forma de participação necessária sempre que o exigir a segurança nacional ou o interesse coletivo relevante. Complementa o autor acerca da necessidade de participação do Estado na economia no seguinte sentido: “*enquanto, no sistema capitalista, se busque condicionar a ordem econômica ao cumprimento de seu fim de assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social e por imperativo de segurança nacional*”¹³¹.

Quanto à intervenção indireta, esta é a hipótese mais comum e está disciplinada no art. 174 da Constituição Federal. Nesta hipótese, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, podendo desempenhar três funções: *1) fiscalização; 2) incentivo; 3) planejamento*. O planejamento, como diz o próprio texto constitucional, é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Conforme alude José Afonso da Silva, a fiscalização teria por pressuposto uma ideia de que o Estado tem o poder de regulamentação, pois “ela visa precisamente controlar o cumprimento das determinações daquele e, em sendo o caso, apurar responsabilidades e aplicar penalidades cabíveis”; já o incentivo, como o próprio nome diz, seria a prática. p. ex., de atos de fomento, estímulo, promoção etc. da economia; por fim, quanto ao planejamento, este seria um meio de intervenção no qual o Estado buscaria modificar determinada realidade econômica direcionando para certos objetivos estabelecidos¹³².

Eros Grau, por sua vez, apresenta outra classificação para definir as modalidades de atuação do Estado na economia, que seriam três (em realidade, pela subdivisão da primeira, poder-se-ia falar em quatro modalidades): *1) por absorção*, quando empresas estatais absorveriam completamente algum setor produtivo, em um monopólio estatal ou *por participação*, quando empresas estatais participariam de determinado setor produtivo, mas juntamente com empresas de particulares¹³³; *2) por direção*, utilizando-se de normas de caráter legal ou regulamentar, impondo condutas

---

Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 804.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 801.

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 807-809.

¹³³ Para Fábio Nusdeo, em ambos os casos tratar-se-ia de absorção, senão vejamos: “*Na realidade quando o Estado passa a envergar as vestes de um empreendedor particular, absorvendo uma dada atividade antes entregue ao mercado ele poderá fazê-lo totalmente ou parcialmente, mas sempre se tratará de uma absorção*”, cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 197.

aos agentes econômicos (ex: fixação de preços, quotas de importação etc.); 3) por indução, quando o Estado induz determinadas condutas por incentivos ou punições administrativas e tributárias (ex: extrafiscalidade). As modalidades de absorção e participação seriam consideradas hipóteses de intervenção *no* domínio econômico, ao passo que as modalidades de direção e indução seriam casos de intervenção *sobre* o domínio econômico. Conclui o autor afirmando que planejamento não seria caso de intervenção, pois apenas qualificaria eventual intervenção baseada nos modelos supracitados, tornando-os racionais¹³⁴. Já Nelson Nazar e João Bosco Leopoldino da Fonseca limitam as formas de intervenção a apenas duas, quais sejam: 1) direta (quando o Estado se utilizaria de uma empresa pública (*lato sensu*); 2) indireta (estimulando ou apoiando a atividade econômica em sentido estrito)¹³⁵. Outra classificação a ser citada é a de Brito, para o qual as modalidades de intervenção no domínio público seriam: coação (dirigismo); persuasão (estímulo) e prestação (oferecimento de utilidades)¹³⁶.

Também é importante mencionar que a intervenção do Estado na economia não ocorre apenas para corrigir falhas do mercado, que foram abordadas anteriormente. Esta intervenção também é realizada para traçar determinados planos de desempenho do sistema econômico, com o objetivo de que determinados resultados sejam alcançados. Tais planos seriam determinados por órgãos de representação política e, ao processo de escolha de objetivos, chama-se de política econômica.

A política econômica teria um caráter meramente instrumental, já que não seria seu fundamento qualquer modificação das premissas básicas de qualquer sistema econômico. Tal tarefa incumbiria à doutrina econômica. Política econômica, na definição de Nusdeo, seria:

---

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 148 e 151. Vinicius Marins indica as seguintes formas de intervenção, as quais, de qualquer modo, se enquadrariam em alguma das modalidades mencionadas por Eros Grau: intervenção por legislação; por estímulos financeiros/fiscais; por fomento; por planejamento da atividade econômica e; por presença direta na atividade econômica. Cf. MARINS, Vinicius. Direito Econômico e intervencionismo consensual: o caso das parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.). **Direito Econômico: evolução e institutos** [obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca]. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 72-73.

¹³⁵ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Bauru, SP: Edipro, 2009. p. 69; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 280-287.

¹³⁶ BRITO, Edvaldo Pereira de. A Atuação do Estado no Domínio Econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Desafios do Século XXI**. São Paulo: Pioneira, 1997. p. 263.

[...] o estudo das relações entre certas variáveis sob a ótica de que umas serão meios ou instrumentos para que as outras assumam um determinado valor ou posição. A política econômica é, pois, mais detalhista e pragmática. Ela não discute as bases filosóficas do sistema. Procura, apenas, dentro de suas premissas, viabilizar os objetivos tido como necessários ou desejáveis pela comunidade, servindo-se dos instrumentos que o próprio sistema coloca ao seu dispor¹³⁷.

É comum imaginar, ao se falar de política econômica, na estipulação de determinados fins que, para serem alcançados, dependeriam de distorções do próprio mercado. Por exemplo, é possível citar a alta tributação de produtos importados que tem por objetivo incentivar a compra de produtos nacionais. Tais decisões normalmente são tomadas no campo político.

Nusdeo, abordando o tema, diferencia fins, objetivos e metas. Para o autor, fins teriam por característica serem vagos e, na medida em que ganhassem concretude se transformariam em objetivos. Caso esses objetivos possam ser quantificados, seria possível de se falar em metas. E considerando que as decisões acerca dos fins, objetivos e metas normalmente são tomadas no campo político, aos técnicos caberia a escolha dos meios para alcançar os planos propostos (Nusdeo menciona que hoje há técnicos que também auxiliam na escolha de finalidades, ao que chama de tecnocracia). No entanto, e a observação é de suma relevância, muito embora os fins e os meios possam atender a caráter técnicos, não se deve dissociá-los de interesses da própria sociedade, sob pena de haver desagregação social. Como exemplo, o autor cita o caso do poder político eleger uma determinada finalidade e, tecnicamente, se definir que os meios apropriados para alcançá-la envolveriam aumento da jornada de trabalho e da carga tributária. Tais meios, embora aptos para o alcance do fim, desatenderiam anseios sociais, exigindo cautela na escolha, portanto.

Boulding, citado por Nusdeo, menciona que os fins comuns à maioria dos povos seriam: **1)** progresso econômico; **2)** estabilidade econômica; **3)** justiça econômica; **4)** liberdade econômica¹³⁸.

Acerca do progresso econômico, embora seja comum a utilização do conceito de desenvolvimento para explicá-lo, não existe efetivo consenso acerca do que

¹³⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 171.

¹³⁸ BOULDING, Kenneth Ewart. **Economic Policy Principles and Design**. Englewood Cliffs, 1958. p. 19-21 *apud* NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 174.

seria realmente. Eros Grau, p. ex., faz a ressalva de que não se deve confundir desenvolvimento, que seria qualitativo, com crescimento econômico, que seria quantitativo. Para o autor, garantir o desenvolvimento seria construir uma sociedade livre, justa e solidária.¹³⁹

Já a estabilidade econômica é comumente relacionada à manutenção do nível de emprego e de renda, bem como do poder de compra de determinada moeda. Nusdeo ainda menciona outras formas de estabilidade, tais como a estabilidade ecológica, estabilidade locacional (evitação de fluxos migratórios) etc¹⁴⁰.

A justiça econômica estaria ligada à ideia de distribuição de renda. Por fim, a liberdade econômica seria uma das próprias premissas do sistema de mercado (ainda que não mais puro). Perceba-se, inclusive, que aparentes cerceamentos de liberdade de um grupo garantiria a liberdade de outros, como p. ex., a proteção ambiental, que de um lado restringe a liberdade de empresários, mas por outro lado aumenta a liberdade da coletividade para usufruir de um meio ambiente preservado.

Ainda, na política econômica, o Estado, ao escolher determinados objetivos, poderá considerar aspectos econômicos e também aspectos extraeconômicos. Cita-se o exemplo dos bens coletivos, que como visto quando das falhas do mercado, acabam sendo deixados em segundo plano. Com a intervenção do Estado, é possível promover a colocação destes bens no mercado. Já com relação aos fins, suprimindo a crítica do racionalismo exacerbado, é possível traçar outros planos com fins que também são de suma importância, a exemplo da consciência ecológica, que por critérios puramente econômicos, talvez não fosse levada em consideração.

Evidentemente que não se pode simplesmente afirmar que todos os problemas apresentados pelo mercado estariam simplesmente superados com o intervencionismo. Tal assertiva se deve ao fato de que um dos grandes impeditivos de clareza e imparcialidade no momento de definição dos objetivos da política econômica seria o *lobby* de grandes empresas, que poderiam gerar um “ruído” na percepção pelo

---

¹³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 216 e 217.

¹⁴⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 176.

poder público acerca das reais necessidades quando do processo decisório, em especial quando bens coletivos estariam envolvidos¹⁴¹.

Os objetivos indicados pelo Estado podem ser considerados como ativos (quando há a indução ou direcionamento a um novo padrão de desempenho) ou restritivos, quando se pretende manter certos pontos de equilíbrio para trazer estabilidade econômica, que Nusdeo relaciona da seguinte forma: estabilidade monetária, regime de pleno emprego, equilíbrio da balança de pagamentos e equilíbrio ecológico¹⁴².

Na busca dos objetivos estipulados, é importante a compreensão dos conceitos de dados e fenômenos econômicos, sob os quais o Estado passaria a intervir. Os dados consistiriam “*no conjunto institucional definidor do quadro jurídico dentro do qual opera o sistema*”, condicionando o comportamento dos fenômenos econômicos. São exemplos os dados físicos, psicológicos, institucionais, culturais etc. Já os fenômenos econômicos seriam as variáveis do mercado e seriam explicados pelos dados, tais como o preço, taxas de poupança da comunidade, ritmo de crescimento etc. Desta forma, para condicionar determinados fenômenos econômicos, poderia o Estado atuar nos dados econômicos¹⁴³.

Nusdeo aponta duas formas em que o poder político poderia influir sobre os fenômenos econômicos, senão vejamos: **a)** alterando a definição legal de certas faculdades que possuem os agentes econômicos (direito de propriedade, direitos obrigacionais e poder de polícia). Como exemplo, o autor menciona o relaxamento da lei antitruste, caso houvesse o interesse em estimular indústrias e grandes empresas; **b)** retirar do mercado o poder de determinar algumas variáveis, fazendo com que elas se tornem dados modificáveis. Como exemplo é possível mencionar a taxa cambial, que era vista como “uma variável representativa de um fenômeno econômico de mercado” e passou a ser um meio ou instrumento de para direcionamento por parte dos Estados. Ainda, o autor menciona o caso em que o Estado passa a atuar como produtor de bens

---

¹⁴¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 199 e 200.

¹⁴² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 183 e 184.

¹⁴³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 188 e 189.

ou serviços, bem como quando integra o mercado financeiro como instituição de crédito¹⁴⁴.

Os dados mencionados são classificados como não modificáveis (por esta característica, não interessam à política econômica) e modificáveis, subdivididos estes em quantitativos e qualitativos. Os dados modificáveis quantitativos representariam posições numericamente definidas e, por isso, seriam considerados instrumentos, a exemplo da taxa de câmbio, alíquotas de tributos etc. Tais dados não alterariam a estrutura do sistema econômico. Já os dados modificáveis qualitativos seriam aqueles estruturais, que podem alterar o sistema econômico, sendo considerados meios.

A prática de retirar variáveis e passá-las à categoria de dados aproxima o sistema daquele sistema centralizado, visto no início da pesquisa. Isso pelo fato de que os planos econômico e político não apresentariam a necessária distinção do sistema descentralizado.

No entanto, como já dito, é fato que hoje o Estado interfere na política econômica. Resta saber quais seriam os meios dos quais o Estado dispõe para conduzi-la? Nusdeo menciona que existem 5 categorias de meios e instrumentos: **1)** instrumentos de finanças públicas; **2)** instrumentos monetários e creditícios; **3)** instrumentos cambiais; **4)** meios de controle direto; **5)** adaptação institucional¹⁴⁵.

Tanto os instrumentos de finanças públicas, quando monetários, creditícios e cambiais consistiriam numa hipótese de ação indireta de política econômica, já que a influência exercida no mercado ocorreria por meio da “distorção” de preços com o objetivo de condicionar certas condutas dos particulares, ou seja, por indução. Exemplo seria a redução de IPI para incentivar a venda de produtos industrializados e movimentar a economia. O que há de comum nos primeiros três instrumentos seria o fato de que o mecanismo de condução da política econômica seria pela manipulação de dados.

Já nas hipóteses dos meios de controle direto, trata-se da prática vista anteriormente de transformar variáveis econômicas em dados. Aqui não haveria uma influência na conduta dos agentes econômicos, mas sim uma determinação de padrões

---

¹⁴⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 191 e 192.

¹⁴⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 194.

de comportamento. Exemplos seriam a fixação de preços e salários, a atuação do estado em atividade empresarial etc.

Por fim, acerca da adaptação institucional, esta envolveria a criação de legislação, órgãos e instituições para constituir a base legal para as medidas acima elencadas.

Segundo ainda ensina Eros Grau, quando há a atuação do Estado sobre o domínio econômico (atividade econômica em sentido estrito), esta acabaria por afetar o próprio regime jurídico dos contratos, posto que haveria um dirigismo contratual (uma das premissas do capitalismo, ao lado da propriedade privada). Para o autor, os contratos, além de instrumento da livre manifestação de vontades, passam a ser dirigidos pelo Estado no sentido da busca de realização da política econômica (a exemplo do controle de preços, contratos padronizados etc.). Inclusive, dentre as técnicas de intervenção no domínio econômico, haveria a *contratação coativa* (ex: bancos comerciais obrigados a aplicarem parcela dos recursos na concessão de crédito rural), bem como o *exercício coativo de atividade econômica*, como nos casos de concessão para exploração de jazida mineral, e a *abstenção de contratar*, como no caso de limitação de expansão do crédito a instituições financeiras impostas pelo Conselho Monetário Nacional)¹⁴⁶.

Assim, restam abordados os aspectos gerais da intervenção e da ordem econômica definida pela Constituição 1988. Evidentemente não foi objetivo esgotar ou aprofundar em demasia o tema, posto que a intenção é demonstrar qual o *estado da arte* da ordem econômica brasileira, que influenciará na análise das técnicas de tipificação.

Em decorrência do que foi visto, é possível delimitar o tema proposto para presente dissertação, no sentido de que o Estado passa a intervir na atividade econômica por critérios de necessidade, visando corrigir as falhas e distorções do mercado. Vários são os mecanismos de intervenção, mas nos interessa em especial a criminalização de condutas que contrariem o sistema proposto e a forma para tipificar condutas de que dispõe o legislador.

---

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 99-101.

3 DO INTERVENCIONISMO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA POR MEIO DO DIREITO PENAL

Após a análise inicial acerca do Direito Econômico, dos sistemas, formas de intervenção etc., análise que buscou percorrer as principais características que permeiam o ramo desde o liberalismo econômico até o intervencionismo estatal na economia, é possível aprofundar o estudo acerca do espaço de atuação do Direito Penal Econômico. Não seria possível falar em Direito Penal Econômico em um sistema de regime puramente liberal, tendo em vista o ideal de não interferência do Estado, mas com a passagem para o regime intervencionista, a intervenção por meio do direito penal assume toda a sua relevância.

Arx de Oliveira, destacando a relação entre o intervencionismo estatal e o Direito Penal econômico, conclui que esta relação “*é a mais estreita possível, porque este último é o instrumental jurídico-repressivo de que se utiliza o primeiro na consecução de sua política econômica*”¹⁴⁷.

Esta primeira análise ajudará a conferir legitimidade quando do processo de escolha de condutas e as formas como são tipificadas pelo legislador ou até mesmo para deslegitimá-las, muito embora a tarefa seja árdua, pela quantidade de posicionamentos doutrinários existentes. No entanto, afigura-se como etapa necessária o tema enfrentado, pois, como menciona Heloisa Estellita, é importante, antes do estudo dos desvios que causariam a *anormalidade* econômica, verificar como seria a *normalidade* econômica. Para a autora, “*não há como falar em proteção penal da normalidade econômica dissociada na configuração específica de determinada sociedade*”¹⁴⁸. Na visão de Estellita, a forma de verificar quais seriam os objetivos que devem ser alcançados pela sociedade seria justamente pela análise dos sistemas econômicos, posto que desta análise surgirá o que seria, para determinado modelo, a dita normalidade.

---

¹⁴⁷ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 54.

¹⁴⁸ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 154. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

No mesmo sentido, Rios ensina que a criminalidade econômica estaria ligada à evolução da economia e, em especial, ao modelo econômico adotado¹⁴⁹. Também nesta orientação, Tiedemann chega a definir o que chama de *delitos dependentes do sistema e delitos neutros ao sistema*, apresentando a seguinte definição: para o autor, a grande maioria dos delitos e das contravenções econômicas seriam *dependentes do sistema*, posto que estariam condicionados pela configuração do sistema econômico. Conforme assevera, somente em uma economia de mercado haveria de se falar em delitos que contrariem a livre concorrência, bem como alguns delitos só fariam sentido em um sistema capitalista¹⁵⁰. No entanto, existem também os chamados *delitos neutros*, que segundo o autor seriam aqueles delitos em que não haveria influência do sistema econômico, utilizando-se Tiedemann do exemplo dos delitos informáticos, que também eram utilizados nos antigos Estados do bloco oriental, apenas a título de exemplo¹⁵¹.

Logo, a análise da ordem econômica brasileira prevista em nossa Constituição Federal, em especial no seu art. 170¹⁵², é fundamental para verificar o modelo/regime adotado pelo constituinte, primeiro passo para aferir, posteriormente quais condutas poderiam ser consideradas desviantes, análise esta que, logicamente, não

¹⁴⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 261. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁵⁰ Além da constatação do autor, levanta-se a dúvida acerca dos efeitos criminógenos quanto às exceções das regulações de uma economia de mercado, como p. ex. as fixações de preços. O autor cita os casos da indústria de armamentos.

¹⁵¹ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 38.

¹⁵² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

se encerra neste aspecto. Isso pelo fato de que é preciso muito mais para que uma conduta seja objeto de tipificação na esfera penal, a exemplo da determinação do bem jurídico a ser protegido (caso o critério ainda seja aplicável, conforme será visto), o respeito a princípios de direito penal, como fragmentariedade, proporcionalidade etc.

Importante ressaltar que não há consenso acerca da autonomia do ramo do Direito Econômico (já visto no presente trabalho) e da autonomia do Direito Penal Econômico. Klaus Tiedemann, já na introdução ao Direito Penal Econômico, defende que se trata sim de um ramo do Direito, que por sinal seria dotado de grande complexidade e extensão, ramo este que passou a despertar o interesse na Alemanha na década de 70, inicialmente quanto à prática judicial e depois com relação à própria ciência jurídico-penal¹⁵³. No caso do Direito Econômico, conforme entendimento que já havia sido mencionado, a própria Constituição Federal conferiu o caráter de autonomia a este ramo, pois o art. 22, I¹⁵⁴ do texto constitucional menciona que compete privativamente à União legislar sobre Direito Econômico.

Independente de se consagrar a autonomia ou não do Direito Penal Econômico, ou seja, como ramo distinto ou um capítulo do Direito Penal, Arx Tourinho menciona que ele surgiu ao mesmo tempo que o Direito Econômico, sendo “*o ângulo repressivo pelo qual vão ser penalizadas condutas relativas a fatos econômicos, considerados, em determinado momento, como de maior importância para a vida social lato sensu*”¹⁵⁵.

No entanto, voltando à constatação de Tiedemann de que grande parte dos delitos econômicos são dependentes do sistema, percebe-se a relevância da análise dos sistemas econômicos, posto que este ramo do Direito Penal passará a tutelar bens jurídicos que garantam determinado modelo ou sistema. Apenas como exemplo, cita-se o caso de quando ainda havia um liberalismo “puro”. Como visto na parte inicial do trabalho, as principais premissas para o liberalismo econômico eram a propriedade

¹⁵³ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 35.

¹⁵⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...].

¹⁵⁵ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 52.

privada e a liberdade para contratar¹⁵⁶. Logo, uma decorrência lógica seria o Direito Penal tradicional se preocupar em tutelar estes bens jurídicos individuais (propriedade, liberdade etc.). Por evidente que se outro sistema fosse adotado, outros bens jurídicos teriam que ser tutelados. Não faria sentido, p. ex., elevar à categoria de bem jurídico penalmente relevante a propriedade privada em um sistema centralizado. Pelo contrário, este bem jurídico seria inclusive incompatível com o sistema adotado pelo Estado, que pressupõe a coletivização da propriedade.

Ocorre que, com a demonstração das falhas do mercado, no final do século XIX e início do século XX, passou a haver uma maior presença do Estado na economia, quer seja para corrigir as falhas de mercado, quer seja para definir planos econômicos e otimizar o alcance dos objetivos estabelecidos, inclusive no sentido de promoção de direitos mínimos e essenciais dos cidadãos, no que se chamou de Estado de Bem-Estar. As constituições implementaram estes objetivos em seus textos, no que parte da doutrina passou a chamar de constituição dirigente. Em outras palavras, o Estado passou a se tornar intervencionista, atuando *no e sobre* o campo de outrem, interferindo assim na atividade econômica e na liberdade dos agentes econômicos das mais variadas formas e com os mais variados instrumentos, como a tributação, instrumentos monetários, cambiais e institucionais¹⁵⁷, acrescentando-se aqui o Direito Penal. Certo é que esta nova feição não desconfigura o sistema de mercado. Como visto, o sistema permanece o mesmo, mas o regime/modelo é que foi modificado, passando do liberalismo puro ao intervencionismo.

Nesta nova feição do Estado, que buscou garantir uma ordem econômica, a exemplo do ocorrido com a Constituição Federal de 1988 (art. 170 e seguintes), se tornou necessária a proteção de novos bens jurídicos até então impensados numa ótica puramente liberal.

Neste sentido, Bajo Fernandez menciona que dois limites nas constituições modernas trariam o campo de atuar do direito penal econômico, quais sejam: de um lado, é necessário corrigir as falhas do mercado, impedindo o retorno a um liberalismo puro, com a intervenção também visando garantir alguns direitos sociais aos cidadãos;

---

¹⁵⁶ Premissas estas que não deixaram de existir no regime intervencionista, mas foram limitadas, a exemplo da função da propriedade e dos contratos, bem como dos objetivos da ordem econômica.

¹⁵⁷ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

por outro lado, haveria a necessidade de se impedir um sistema de planificação total (sistema centralizado)¹⁵⁸.

Tendo em vista esta nova tarefa atribuída ao Direito Penal pelo Estado intervencionista, é necessário antes buscar uma delimitação da matéria, no intuito de encontrar critérios que possam ajudar na análise do objeto de trabalho do Direito Penal Econômico.

3.1 DA NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Buscando delimitar o delito econômico, muitos são os critérios utilizados pelos doutrinadores, tais como bem jurídico, propostas criminológicas e processuais etc. Esta delimitação é importante pelo fato de que as técnicas de tipificação são diversas daquelas mais comuns no direito penal tradicional¹⁵⁹. Esta a grande preocupação nesta pesquisa. Já que diversas regras de imputação são relativizadas, ao menos um critério seguro para delimitar o delito econômico deve ser estabelecido.

Um dos critérios que já tentou ser utilizado foi o de que o Direito Penal Econômico estaria relacionado à finalidade econômica. Ocorre que tal conceito seria extremamente vago, sem contar que, como alerta Arx Tourinho, o Direito Penal clássico também teria normas com objetivos econômicos, concluindo que: “*poderemos vislumbrar na maior parte do Direito Penal um conteúdo econômico, um propósito econômico ou uma influência de igual natureza*”¹⁶⁰.

Arx Tourinho conclui que o principal para delimitar o direito penal econômico seria a política econômica estatal, relacionada com o sistema de economia de cada Estado, asseverando que o Direito Penal Econômico seria “*um conjunto*

---

¹⁵⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 262. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁵⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 263. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁶⁰ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 50.

normativo que tem por objeto a defesa dos bens, serviços e interesses vinculados à política do Estado”¹⁶¹.

Outro critério bastante utilizado seria o bem jurídico tutelado. No contexto do Direito Penal Econômico ocorre uma mudança em relação ao Direito Penal tradicional, qual seja: o bem jurídico não ficaria mais limitado à esfera individual, sendo necessária a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou coletivos¹⁶². Como exemplo, é possível citar a proteção ao meio ambiente, ao sistema financeiro nacional, relações de consumo etc.

De qualquer forma, os critérios não se resumem aos acima apresentados, ainda que de modo sucinto (finalidade econômica, política econômica ou bem jurídico). Para deixar a exposição mais clara acerca da delimitação do Direito Penal Econômico, a opção foi pela criação de tópicos específicos para os principais critérios delimitares, sem a pretensão de esgotar o tema.

No entanto, a presente introdução tem por função destacar a importância da delimitação do que estaria abrangido ou não pelo Direito Penal Econômico, pois as técnicas de tipificação nestes delitos são bastante discutíveis. Ademais, cabe o questionamento acerca da aplicabilidade dos princípios penais clássicos nesta “nova” modalidade de delitos.

3.1.1 Das vantagens de uma sistematização do direito penal econômico

Uma forma que auxiliaria na delimitação do Direito Penal Econômico seria o agrupamento da matéria em um único texto legislativo ou em um título do Código Penal. Rios menciona que nosso ordenamento jurídico ainda não sistematizou nem deu um tratamento uniforme à matéria, ao contrário do que já teria ocorrido em outros países, a exemplo da Espanha¹⁶³. Atualmente é possível encontrar propostas para a uniformização, a exemplo do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012, que

---

¹⁶¹ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 51.

¹⁶² RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 262. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁶³ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 263. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

reforma o Código Penal Brasileiro e dedica um título próprio da Parte Especial para os “*Crimes contra a Ordem Econômico-Financeira*”. Mesmo antes do projeto, Rios já defendia a necessidade de que os crimes contra a ordem econômica, sistema fiscal e financeiro fossem inseridos em um título próprio, sustentando que outras condutas que afetassem as relações de consumo, delitos societários, contra o meio ambiente etc., poderiam permanecer na legislação penal especial ou extravagante¹⁶⁴. De certo modo, esta é a orientação seguida pelo legislador, muito embora tenha procurado unificar todos os crimes em um único Código (e não somente os crimes contra a ordem econômica), tanto que, apenas a título de exemplo, criaria, conforme o projeto supramencionado, também um título próprio para “*Os crimes contra Interesses Metaindividuais*”, onde estariam inseridos os crimes ambientais.

Arx Tourinho também mencionava algumas vantagens na “codificação” das normas de direito penal econômico, asseverando que “*acarreta indiscutível facilitação para se verificar o conteúdo dogmático de tal direito que é bem extenso*”¹⁶⁵.

Rios dá um exemplo da conveniência na inclusão dos delitos econômicos em um título do Código Penal, tendo por base uma ideia de evitação de disparidades no tratamento jurídico-penal: o autor menciona o caso da extinção da punibilidade pelo pagamento de tributos, nos casos de crimes contra o sistema tributário e previdenciário, que da forma como hoje estruturados, tornariam o Direito Penal em mero instrumento de arrecadação¹⁶⁶. Também no sentido de defender a conveniência do agrupamento das normas de Direito Penal Econômico no Código Penal, Heloisa Estellita menciona que isso traria maior eficácia na prevenção desta modalidade de delito, por trazer maior organicidade e coerência¹⁶⁷.

Ao ser procedida a classificação e agrupação dos delitos econômicos em um título próprio no Código Penal, que para Rios não seria tarefa das mais difíceis, a principal reflexão deveria residir na “*dimensão da dependência das novas espécies*

---

¹⁶⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 280. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁶⁵ TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 50.

¹⁶⁶ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 280. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁶⁷ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

delitivas econômicas em relação aos princípios gerais de imputação norteadores do Direito Penal Comum”, devendo-se, para isso, “*indagar e analisar se estas novas figuras típicas não demandam, talvez, a formulação de nova estrutura de imputação atinente e exclusiva a elas*”¹⁶⁸.

Rios faz uma observação interessante ao analisar as propostas de sistematização do direito penal econômico, destacando que não seria esta medida a prevenir a criminalidade econômica em todas suas manifestações. Segundo o autor:

O que conta é que o direito penal não pode ser usado como instrumento de uma política interna, mas uma vez definido o bem jurídico tutelado de conteúdo econômico supra-individual, a lesão ao mesmo deverá implicar uma efetiva aplicação das normas penais, evitando com que o controle penal esteja direcionado a determinados estamentos sociais¹⁶⁹.

O fato é que não há consenso sequer com relação ao âmbito normativo em que estaria inserido do Direito Penal Econômico, variando as interpretações no sentido de alcançar normas que defenderiam a política econômica do Estado, ao passo que outras construções ampliariam a análise para o aspecto socioeconômico, a exemplo de Klaus Tiedemann, por permitir alcançar também delitos falimentares, relacionados ao mercado de trabalho, societários etc.

3.1.2 Critérios ou enfoques delimitadores do delito econômico

Conforme alude Rios, vários seriam os critérios que poderiam ser utilizados na tentativa de conceituação dos delitos econômicos, tais como o bem jurídico tutelado, *modus operandi*, efeitos produzidos e sujeito da conduta.

Nesta análise que segue, como dito no término do tópico anterior, serão analisadas os principais critérios delimitadores dos delitos econômicos. Com relação ao critério do bem jurídico tutelado (talvez o mais importante dos critérios a serem

---

¹⁶⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 281. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁶⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 264. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

analisados), este será o último a ser exposto, já que, considerando toda a problemática existente acerca da teoria do bem jurídico, um tópico específico tratará do tema.

3.1.2.1 Enfoque criminológico

Quanto ao enfoque criminológico para conceituar e delimitar o direito penal econômico, seria possível mencionar duas vertentes: uma relativa às repercussões dos delitos econômicos; outra voltada ao próprio autor dos delitos econômicos, utilizando-se da teoria elaborada por Sutherland acerca dos delitos do colarinho branco.

Com relação à primeira vertente, Tiedemann cita as repercussões que geram os delitos econômicos na economia, bem como o abuso da confiança necessária no comércio, confiança esta que Tiedemann aponta não apenas como individual, mas também como uma confiança institucionalizada (a exemplo da qualidade de alimentos e objetos de primeira necessidade, que segundo o autor não poderiam estar sujeitos a mecanismos de controle de qualidade do ponto de vista individual)¹⁷⁰.

Já a segunda vertente trata de outro critério utilizados para conceituar o direito penal econômico, critério que busca um enfoque criminológico da criminalidade econômica, tendo por principal autor Edwin Sutherland, com sua obra acerca dos crimes do colarinho branco (*white collar crime*), publicada em 1949.

Sutherland associava a criminalidade econômica aos homens de negócios, negando o determinismo socioeconômico e psicopatológico como fator que leva alguém a cometer um delito. Tal afirmação partia da constatação de que havia um falso padrão acerca da criminalidade, que considerava apenas criminosos com baixo poder aquisitivo, criminosos pobres. Para Sutherland, a origem do crime seria o efetivo contato social, dentro de um processo de aprendizagem, o que afastaria a ideia de fatores individuais. Conforme afirma Rios acerca da teoria de Sutherland, o elemento comum do crime econômico seria a relação direta com terceiros que tenham maior predisposição à prática de delitos, no que o autor chamava de *associação diferencial*¹⁷¹.

---

¹⁷⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 57.

¹⁷¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 277. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

Teriam sido justamente estas propostas que deram causa à criação da categoria dos delitos econômicos, segundo afirma Hormazábal Malareé, citado por Rios¹⁷².

Em um *paper* apresentado ao *American Sociological Review*, em fevereiro de 1940, Sutherland já propunha o seguinte:

The thesis of this paper is that the conception and explanations of crime which have just been described are misleading and incorrect, that crime is in fact not closely correlated with poverty or with the psychopathic and sociopathic conditions associated with poverty, and that an adequate explanation of criminal behavior must proceed along quite different lines. The conventional explanations are invalid principally because they are derived from biased samples. The samples are biased in that they have not included vast areas of criminal behavior of persons not in the lower class. One of these neglected areas is the criminal behavior of business and professional men, which will be analyzed in this paper¹⁷³.

Ao término de sua pesquisa, Sutherland aponta as seguintes proposições:

1. White-collar criminality is real criminality, being in all cases in violation of the criminal law.
2. White-collar criminality differs from lower class criminality principally in an implementation of the criminal law which segregates white-collar criminals administratively from other criminals.
3. The theories of the criminologists that crime is due to poverty or to psychopathic and sociopathic conditions statistically associated with poverty are invalid because, first, they are derived from samples which are grossly biased with respect to socioeconomic status; second, they do not apply to the white-collar criminals; and third, they do not even explain the criminality of the lower class, since the factors are not related to a general process characteristic of all criminality.
4. A theory of criminal behavior which will explain both white-collar criminality and lower class criminality is needed.
5. An hypothesis of this nature is suggested in terms of differential association and social disorganization¹⁷⁴.

¹⁷² HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán. Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. Livro em homenagem a Klaus Tiedemann, p. 187-188 *apud* RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 277. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁷³ SUTHERLAND, Edwin H. **White-Collar Criminality**. In: *American Sociological Review*, Vol. 5, Nbr. 1. 1940. p. 2. Disponível em: <http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/Documents/sutherland.pdf> [acesso em 05/02/2014]. Tradução livre: “A tese deste artigo é que a concepção e explicações de crime que acabam de ser descritos são enganosas e incorretas, que o crime não é de fato estreitamente relacionado com a pobreza ou com as condições de psicopatas e sociopatas associados à pobreza, e que uma explicação adequada de comportamento criminal deve prosseguir ao longo de diferentes linhas. As explicações convencionais são inválidas, principalmente porque eles são derivados de amostras tendenciosas. As amostras são tendenciosas na medida em que elas não têm incluído vastas áreas do comportamento criminal das pessoas não inseridas classe baixa. Uma dessas áreas negligenciadas é o comportamento criminoso dos homens de negócios e profissionais, que serão analisados neste trabalho”.

¹⁷⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **White-Collar Criminality**. In: *American Sociological Review*, Vol. 5, Nbr. 1. 1940. p. 11 e 12. Disponível em:

Citado por Burchard, Schünemann, quando discute o bem jurídico, apresenta uma visão que se aproxima do que defendia Sutherland. Ao tratar da escola de Frankfurt, que reduziria o direito penal ao seu núcleo, ou seja, na proteção de bens jurídicos individuais, Schünemann estabelece rigorosa crítica, entendendo que esta visão levaria à persecução de uma “criminalidade aventureira e da miséria”. Ao contrário, o Direito Penal deveria ser dirigido também às classes altas, o que não ocorreria ao se trabalhar com delitos de resultado ou com bens jurídicos individuais, utilizando como exemplo o caso do *insider trading*, que com sua conduta não afetaria especificadamente a propriedade e bens jurídicos particulares, senão a função do próprio mercado de capitais¹⁷⁵.

Neste contexto, Heloisa Estellita afirma que o crime do colarinho branco, na visão criminológica, seria uma “conduta anti-social, orientada ao enriquecimento, praticada por pessoas de destaque social no exercício de uma profissão, abusando da confiança pública e supondo, simultaneamente, a fidelidade dos demais à lei¹⁷⁶”.

Na proposta de Sutherland, o *modus operandi* e o sujeito ativo do delito econômico seriam peculiares, motivo pelo qual também se trata de um critério para conceituar o delito econômico. Como menciona Rios, as regras da economia de mercado, fundamentada na livre concorrência, teriam possibilitado a ocorrência de novos delitos que só poderiam ser praticados por meio de uma empresa, razão pela qual parte da doutrina usa a denominação de *delitos da empresa (corporate crimes)*.

<http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/Documents/sutherland.pdf> [acesso em 05/02/2014]. Tradução livre: “1 . A criminalidade do colarinho branco é uma criminalidade real, sendo em todos os casos uma violação da lei criminal. 2 . A criminalidade do colarinho branco difere da criminalidade de classe baixa principalmente em uma implementação do direito penal que segrega administrativamente os criminosos de colarinho branco de outros criminosos. 3 . As teorias dos criminólogos que o crime ocorre devido à pobreza ou a condições de psicopatas e sociopatas estatisticamente associadas à pobreza são inválidas, porque, em primeiro lugar, elas derivam de amostras que são manifestamente tendenciosas em relação ao nível sócio-econômico; em segundo lugar, elas não se aplicam ao criminosos de colarinho branco; e em terceiro lugar, elas nem sequer explicam a criminalidade da classe mais baixa, uma vez que os fatores não estão relacionados a uma característica do geral do processo de toda a criminalidade. 4 . É necessária uma teoria de comportamento criminoso que irá explicar tanto a criminalidade de colarinho branco e a criminalidade das "classes baixas". 5 . Uma hipótese dessa natureza é sugerida em termos de associação diferencial e desorganização social.”

¹⁷⁵ BURCHARD, Christoph. **O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 39.

¹⁷⁶ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

Importante mencionar que não se deve confundir o conceito de criminalidade da empresa com o de criminalidade na empresa, já que na última hipótese não haveria afetação a bens jurídicos econômicos. De qualquer forma, o autor mencionado não concorda com a utilização da denominação delitos da empresa¹⁷⁷.

Ainda, é interessante notar a crítica de Rios acerca da efetividade na prevenção da criminalidade econômica, pois para o autor, sendo esta prevenção o núcleo como objeto de caráter político-criminal, não seria possível avançar nesta discussão enquanto perdurar uma conduta permissiva e a percepção (ou falta dela) da ausência de caráter ofensivo das condutas, o que geraria uma cifra negra da criminalidade econômica¹⁷⁸.

3.1.2.2 Enfoque processual

Outra forma de analisar o direito penal econômico seria utilizando um critério processual. Isso pelo fato de que tais delitos exigem uma nova sistemática processual, exigência esta que ocorre por apresentarem obstáculos comuns na persecução penal. Esta característica é mencionada por Klaus Tiedemann, para o qual, sob uma perspectiva processual-criminalística, os delitos econômicos poderiam ser classificados como “*delitos patrimoniais puros com complexidades processuais (probatórias)*”¹⁷⁹. Embora, conforme assevera Tiedemann, alguns autores mencionem que seriam suficientes os tipos penais de fraude para fazer frente aos delitos econômicos, exigindo-se o conhecimento de aspectos especiais da vida econômica, em verdade alguns tipos penais não trazem nenhuma relação com o patrimônio ou então o

---

¹⁷⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 279. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁷⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 281-282. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁷⁹ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 55. Conforme alude o autor, esta definição poderia ser encontrada na obra de Maurach/Schroeder/Mainwald (*Strafrecht BT*). Para tais autores, bastaria melhorar a justiça penal através de novas medidas relativas a pessoal, recursos materiais e organização para fazer frente à criminalidade econômica.

patrimônio não teria nenhuma importância. Como exemplo, o autor cita os embargos econômicos, que visam proteger a paz mundial e não o patrimônio¹⁸⁰.

Deste modo, estas características apontadas (dificuldades práticas probatórias na persecução penal) não seriam suficientes para uma correta e exata delimitação do direito penal econômico. Como bem explica Tiedemann, por certo que estas características apontariam para alguns aspectos particulares da criminalidade econômica, porém não seriam suficientes para descrever toda a particularidade destes delitos e deste campo do direito¹⁸¹.

Como exemplo, Klaus Tiedemann cita a grande complexidade dos fatos (o que faz com que alguns autores denominem o Direito Penal Econômico como um direito de superposição¹⁸²), a dificuldade jurídica e econômica da matéria, ausência de especialistas e a insuficiente assistência judicial nas relações internacionais¹⁸³.

Para superar as dificuldades apontadas por Tiedemann, Rios cita que há propostas de especialização de órgãos da persecução penal e a inserção de normas processuais penais especiais¹⁸⁴. Somente desta forma seria possível instrumentalizar o direito processual de modo a garantir maior efetividade na persecução penal.

Uma questão que deve ser discutida é a utilização de delitos culposos como forma de superar dificuldades na delimitação de cursos causais. Tiedemann não acredita que a utilização de tipos de imprudência serviria para assegurar abusivamente interesses processuais de prova. O autor menciona os novos delitos imprudentes de uma *imprudência profissional*, sendo que a penalização seria razoável, não apenas pelas

---

¹⁸⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 56.

¹⁸¹ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 56.

¹⁸² Neste sentido, Heloisa Estellita, para a qual a característica da superposição seria representada pela necessária compreensão anterior da disciplina jurídico econômica do fato, ao mesmo tempo em que os tipos delituosos não incidiriam diretamente sobre fatos, mas sim sobre normas jurídicas que regulariam situações de fato. Deste modo, a autora conclui no sentido de que não haveria de se falar em delitos naturais, posto que haveria uma vinculação com decisões do legislativo em matéria econômica e destas decisões dependeria o direito penal econômico. Cf. SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 162. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁸³ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 279-280. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁸⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 280. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

dificuldades probatórias, mas também por uma *responsabilidade especial*¹⁸⁵. O autor inclusive justifica que não seria raro o fato de que dificuldades probatórias poderiam sinalizar o nascimento de novos interesses de proteção, de novos bens jurídicos de proteção¹⁸⁶.

Outra discussão levantada e criticada por Tiedemann diz respeito à utilização de presunções legais como forma de superação das dificuldades probatórias, citando inclusive alguns casos da União Europeia. Com relação a qualquer presunção legal em matéria penal, não restam dúvidas de que haveria uma afronta direta ao princípio do *in dubio pro reo*, bem como seria uma medida inconstitucional por violar o princípio da não culpabilidade, previsto na Constituição Federal.

3.1.2.3 Instrumentos de comércio como objetos de proteção do direito penal econômico

Outro aspecto que se afigura bastante interessante no estudo acerca da delimitação do direito penal econômico diz respeito aos instrumentos de comércio, em especial após os acontecimentos ocorridos na economia norte-americana no ano de 2000, com a descoberta de fraudes em balanços de grandes empresas, como “Enron”, “Tyco” etc.

Segundo Tiedemann, a análise dos bens jurídicos tutelados se complementar com a proteção de instrumentos de comércio, que seriam utilizados de forma abusiva quando da prática de delitos econômicos. Estes instrumentos, segundo o autor, seriam a contabilidade e os balanços, a informática e meios de pagamento sem dinheiro efetivo, como o uso de cheques de letras de câmbio. Para Tiedemann, estes instrumentos teriam grande importância para a vida econômica, de modo que a necessidade de sua proteção restaria comprovada após o caso das falsificações de balanços ocorridas no ano de 2000 nos Estados Unidos da América, com as empresas “Enron”, “Tyco”, WorldCom” etc., que provocaram enormes quebras na economia, com reflexos mundiais. O autor cita ainda outros casos, como a falsificação de balanços do

---

¹⁸⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 69.

¹⁸⁶ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 69.

consórcio de produtos alimentícios Parmalat, dentre outros. Por conta disso, nos Estados Unidos, foi elaborada em 2002 a “Sarbanes-Oxley Act”, que trouxe um fortalecimento dos controles financeiros e a responsabilidade civil do conselho de administração por manipulações em balanços¹⁸⁷.

Interessante notar como este aspecto apontado por Tiedemann se aproxima de uma das falhas de mercado analisadas no primeiro capítulo, qual seja, a falta de transparência no acesso às informações relevantes. Como já havia sido mencionado, para o bom funcionamento dos mercados, todos os agentes econômicos deveriam ter acesso a todas as informações necessárias acerca do próprio mercado e dos produtos transacionados. Com a fraude em balanços, os mecanismos de mercado restariam por distorcidos e assim estar-se-ia diante de uma anomalia econômica, o que poderia legitimar a atuação do direito penal econômico, caso fossemos adotar o posicionamento também já mencionado de Heloisa Estellita, acerca das anomalias de mercado.

3.1.2.4 Enfoque jurídico-dogmático (bem jurídico tutelado)

Por enfoque jurídico-dogmático deve ser entendido o critério que busca no bem jurídico uma delimitação do Direito Penal Econômico.

Neste sentido, Tiedemann aponta para uma peculiaridade dos delitos penais econômicos, qual seja, a proteção de bens jurídicos supraindividuais, que o autor também chama de sociais ou coletivos, ou ainda interesses da coletividade. Para Tiedemann, com o critério dos bens jurídicos supraindividuais seria possível delimitar de forma satisfatória os delitos econômicos¹⁸⁸.

Andrei Zenkner Schmidt apresenta o que chama de conceitualização material dos crimes econômicos, afirmando que o Direito Penal Econômico seria caracterizado por sua função de tutelar a ordem econômica instituída e organizada pelo Estado, compreendendo-se esta ordem econômica como sendo a “*planificação estatal de ordenação econômica da vida social*”. Neste sentido, Schmidt conceitua o crime

---

¹⁸⁷ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 59 e 60.

¹⁸⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 58.

econômico como “todo o tipo de ilícito legalmente estabelecido, num dado ordenamento jurídico, que tenha por função a proteção supraindividual da ordem econômica lato sensu (política econômica stricto sensu, políticas de renda. Monetária, fiscal, financeira e cambial)¹⁸⁹ .

Não são todos os autores que concordam com a perspectiva apresentada, a exemplo de Hassemer, que critica a forma de construção de tais bens jurídicos, bem como teme pela falta de limites materiais na estipulação dos bens jurídicos que deveriam ser tutelados pelo direito penal. Para esta crítica, Tiedemann menciona que já é possível encontrar normas positivadas que reconhecem bens jurídicos supraindividuais, bem como acentuam sua primazia sobre os bens jurídicos individuais.

Luis Alfaro menciona que são realizadas críticas acerca da proteção de bens jurídicos supraindividuais pelo fato de que isso levaria a um expansionismo do Direito Penal, com a utilização, p. ex., de delitos de perigo abstrato¹⁹⁰ .

Quanto ao critério do bem jurídico, Klaus Tiedemann apresenta uma distinção na qual elabora duas categorias. A primeira trataria do conceito restrito ou limitado, consistente nas “*transgressões no âmbito administrativo-econômico (lesiva à atividade interventora e reguladora do Estado na economia)*”, ou seja, o bem jurídico seria constituído pela ordem econômica estatal no seu conjunto. Já a segunda seria o conceito amplo, que além das condutas compreendidas pelo conceito estrito, alcançaria também “*figuras típicas que violem bens coletivos supraindividuais econômicos*”, referentes à regulamentação jurídica de produção, distribuição e consumo de bens. Os delitos patrimoniais clássicos que atentarem contra bens jurídicos supraindividuais estariam inseridos nesta segunda modalidade, bem como quando constituírem “abuso de medidas e instrumentos da vida econômica”¹⁹¹ .

Muñoz Conde critica a distinção apontada por Tiedemann (entre o conceito restrito e conceito amplo), pois para o autor o conceito amplo deixaria sem proteção a livre concorrência, o consumidor, sistema financeiro etc. Já o conceito restrito seria por

---

¹⁸⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A Delimitação do Direito Penal Econômico a Partir do Objeto Ilícito**. In *Direito penal econômico : Crimes Financeiros e Correlatos* (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-50.

¹⁹⁰ REYNA ALFARO, Luis Miguel. **Nociones de derecho penal económico argentino**. Vol. 3. Córdoba: M.E.L Editor, 2005. p. 13.

¹⁹¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 273. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

demais exagerado, o que implicaria em ineficácia da regulação, concluindo o autor que talvez a principal característica do Direito Penal Econômico seja justamente o caráter supraindividual dos bens jurídicos objetos de tutela penal¹⁹².

Alguns autores destacam que há delitos que não possuem bem jurídico supraindividual como objeto *imediato* de proteção (tutelam um bem jurídico individual de conteúdo econômico), mas são orientados à proteção de um bem jurídico *mediato* supraindividual, a exemplo da concorrência desleal, delitos societários etc. Rios acredita que tal distinção acompanharia a orientação funcional do Direito Penal, sendo que quando da ocorrência de um tipo penal econômico específico, inicialmente haveria uma lesão direta ou perigo de lesão a um bem jurídico *imediato*, que seria a principal referência que permitiria identificar as funções e também o sentido do tipo penal. Já a ofensa às funções do bem jurídico não estariam incorporadas ao tipo de injusto¹⁹³.

Não por outro motivo, a “ordem econômica” não apareceria como bem jurídico diretamente tutelado, no entanto desempenharia uma função sistemática. Cada tipo penal em específico que traria seu objeto. Já parte da doutrina enquadra estas funções no chamado bem jurídico *mediato*, ligado à ideia de *ratio legis* ou finalidade objetiva da norma¹⁹⁴.

Sternberg-Lieben analisa a questão mencionada e conclui que no âmbito do direito penal ambiental, econômico etc. os bens jurídicos só poderiam estar relacionados à pessoa de forma mediata. Assim, não seriam ilegítimos, desde que seja possível estabelecer a relação com as condições para o desenvolvimento pessoal. Caso contrário, deveria ser verificada a hipótese de se utilizar um direito sancionador ou o próprio direito administrativo¹⁹⁵.

Abanto Vasquez, citado por Rios, propõe a seguinte classificação:

¹⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios Politico Criminales que Inspiran el Tratamiento de los Delitos Contra el Orden Socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁹³ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 273. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁹⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 273. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁹⁵ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 112.

a) delitos contra a concorrência – contra a liberdade de concorrência e contra a concorrência desleal; b) delitos contra a propriedade intelectual e industrial; c) delitos contra o sistema creditício monetário, seguros; d) delitos contra o sistema tributário e alfandegário; e) delitos contra o bom funcionamento e a transparência da atividade empresarial do Estado (delitos societários, falência, usura); f) delitos contra o controle estatal da produção e comercialização, fraudes alimentícias e outros delitos contra as relações de consumo; g) Delitos contra a atividade laboral e seguridade social; h) delitos contra o meio ambiente¹⁹⁶.

Muito embora exista a crítica quanto às peculiaridades apontadas do Direito Penal Econômico (a exemplo do receio de ofensa do direito penal como *ultima ratio*), Rios defende que não necessariamente devem ser afastados os postulados de garantia do Direito Penal Clássico, senão vejamos:

A adoção de um critério jurídico-penal dos interesses imediata e mediatamente tutelados como critério fundamental para identificar as condutas típicas que devam ser consideradas parte desta “família delitiva” não implica que se desconheçam outros critérios comuns válidos para reforçar a sua autonomia perante o Direito Penal clássico¹⁹⁷.

Neste aspecto, é interessante a constatação de Rodrigo Sánchez Rios, no sentido de que um único critério delimitador pode não ser suficiente para o direito penal econômico. O autor cita que, p. ex., o critério do bem jurídico, caso fosse aplicado isoladamente, poderia excluir determinadas condutas que, se observadas sob o prisma criminológico ou processual, como anteriormente visto, poderiam ser esquecidas¹⁹⁸.

Em verdade, este parece ser o entendimento mais acertado, posto que o crime econômico é analisado apenas parcialmente pelos critérios analisados. No entanto, o delito econômico constitui um todo complexo, que só poderá ser compreendido quando sua análise ocorrer por meio dos mais variados enfoques.

¹⁹⁶ ABANTO VASQUEZ, M. A. Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Lima, 1997. p. 30, *apud* RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 274. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁹⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 276. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

¹⁹⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 280. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

3.2 DO BEM JURÍDICO E DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA

3.2.1 É legítima a intervenção por meio do direito penal econômico?

A questão que é proposta neste tópico ocorreu a partir da constatação de Rios, no sentido de que a resposta estatal nem sempre é satisfatória no campo destes novos delitos. Dentre as possíveis razões, Rios menciona o fato de que a política criminal questiona a legitimidade deste ramo do direito penal, bem como o fato de que as questões econômicas seriam extremamente complexas, dificultando inclusive a escolha de condutas a serem criminalizadas, exigindo um conhecimento prévio da disciplina¹⁹⁹. A complexidade afigura-se de tal modo que grande parte do presente trabalho foi dedicado a regras gerais de direito econômico, no sentido de traçar um ponto de partida na discussão da intervenção penal do Estado na atividade econômica. Há ainda todo o regramento específico da matéria econômica, que torna extremamente difícil a análise.

Helôisa Estellita menciona que a multidisciplinariedade e também a instabilidade inerentes ao Direito Econômico trariam reflexos ao Direito Penal Econômico, o que exigiria um reforço na questão da segurança certa e determinação que seriam necessárias para a proteção da liberdade individual²⁰⁰. Já Klaus Tiedemann menciona que o Direito Penal Econômico pressupõe o conhecimento de outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Econômico, Direito Comercial, Direito do Trabalho etc²⁰¹.

Quanto à legitimidade da atuação do direito penal na atividade econômica, Rios menciona que embora o Estado não possa ter o monopólio desta atividade (como visto no primeiro capítulo, as hipóteses de monopólio são restritas e estão previstas no art. 177 da Constituição Federal), nada impede que intervenha para regulá-la e para

---

¹⁹⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 262-263. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁰⁰ SALOMÃO, Helôisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁰¹ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 35.

alcançar determinados objetivos expressos na própria Carta Magna. Ocorre que não há consenso acerca da forma de intervenção, em especial quando se trata de intervenção mediante a utilização do direito penal, posto que há a discussão se isto não relativizaria a regra de utilização do direito penal como *ultima ratio legis*²⁰².

Lacerda Azevedo enxerga que a expansão do Direito Penal seria legítima, desde que conduzida com o respeito aos princípios limitadores e orientada à proteção dos bens jurídicos. Nas palavras do autor, “*a intangibilidade da tutela da ordem econômica constituem interesses que, de uma maneira geral, formam a própria base de sustentação do nosso modelo de sociedade, conferindo-lhe um patamar mínimo de garantias à existência digna*” e “*quanto a esses aspectos, parece-nos clara a validade de uma expansão do direito penal desta natureza*”²⁰³.

Um dos maiores exemplos de crítica à expansão do direito penal seria proveniente da Escola de Frankfurt (Hassemer, Herzog, Naucke, Albrecht), cujos juristas alertam que não pode o direito penal se converter em um direito meramente funcionalista²⁰⁴. Com isso haveria o risco de que garantias do direito penal liberal duramente conquistadas no curso da história fossem simplesmente abandonadas. Outra crítica seria no tocante à utilização da técnica de tipificação de delitos de perigo abstrato e na criação dos bens jurídicos supraindividuais, que poderiam ofender e descaracterizar o direito penal.

Albrecht, p. ex., crítico do direito penal do risco e das flexibilizações deste direito penal moderno, é enfático ao mencionar que no moderno direito penal econômico a utilização de delitos de perigo acaba por desintegrar os princípios e garantias do Estado de Direito²⁰⁵.

No entanto, apesar das críticas realizadas, a proposta da Escola de Frankfurt não seria de mera descriminalização das condutas, mas sim da utilização de outro meio que não o Direito Penal para reprimi-las e preveni-las. Como exemplo, Hassemer cita o

---

²⁰² RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 264-266. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁰³ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. **O bem jurídico-penal**. Duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 75.

²⁰⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 266. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁰⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Tradução de Ricardo Robles Planas. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 484.

“Direito da Intervenção”, que seria um meio termo entre o Direito Penal e o Direito das Contravenções ou de infrações de ordem. No “Direito da Intervenção”, as garantias seriam mais flexíveis, ao passo de que as sanções também seriam menos gravosas²⁰⁶.

Por outro lado, há quem defenda a legitimidade do direito penal econômico quando da tutela de bens jurídicos supra-individuais, legitimidade esta que estaria assentada na lesividade ou colocação em perigo de bens jurídicos²⁰⁷. Heloisa Estellita, p. ex., analisa que os efeitos dos delitos econômicos seriam superiores aos efeitos da tradicional delinquência, sendo que uma das causas seria a diluição dos efeitos²⁰⁸.

Rios defende a legitimidade do direito penal econômico, senão vejamos:

Resta evidente que nos alinhamos com a orientação favorável à extensão dos limites de atuação do Direito Penal, indo além da tutela dos bens individuais. O Direito Penal não tem apenas um caráter limitativo, no sentido de negativo e proibitivo, mas também um caráter prospectivo, no sentido de concretizar ou efetivar os valores ou as normas da Constituição, servindo de instrumento para a sua realização efetiva²⁰⁹.

Aliando esta função de defesa das normas constitucionais, Rios ainda menciona que o direito penal econômico permitiria que o ideal de justiça, enquanto igualdade, fosse concretizado, afastando assim a seletividade do Direito Penal. No entanto, o limite para essa atuação estatal seriam os princípios penais de garantia, em especial a intervenção mínima. Conclui o autor: “*Se estamos convencidos de que a finalidade do sistema penal é tutelar bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, a intervenção deste na ordem econômica é legítima e necessária dentro dos limites válidos para o Direito Penal Clássico*”²¹⁰.

---

²⁰⁶ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 266. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁰⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 267. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁰⁸ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁰⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²¹⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268-269. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

3.2.2 A busca da legitimidade pelo critério do bem jurídico

Um dos temas centrais da presente pesquisa é a teoria do bem jurídico. Isso pelo fato de que, a depender da teoria que se adote, pode o bem jurídico constituir verdadeiro limite material na atividade legislativa e, por consequência, nas técnicas de tipificação. Cumpre o bem jurídico uma verdadeira “função de diretriz político criminal do legislador”²¹¹.

Ora, de nada bastaria verificar se é possível antecipar a tutela penal por meio do uso de delitos de perigo abstrato, p. ex., caso não se possa traçar os limites desta técnica legislativa ou até mesmo questionar a legitimidade desta técnica. Tratar-se-ia, então, de mera observação, constatação e reprodução, ainda que de forma mais ou menos sofisticada por meio da dogmática jurídico-penal, sem qualquer limite crítico.

Justamente buscando uma visão crítica, é dado um destaque especial nesta pesquisa à teoria do bem jurídico, que, numa primeira análise, apresenta grande potencial crítico e limitador não só do Direito Penal Econômico, como também de todo o Direito Penal.

No entanto, esta visão e a importância que se dá ao bem jurídico não é pacífica na literatura jurídico-penal, sendo que há diversas outras propostas acerca dos limites ao Direito Penal, bem como há autores que defendem que o bem jurídico já não cumpre mais com sua função limitadora. Resumindo as críticas que são realizadas contra o bem jurídico, Hefendhel aponta para as seguintes: críticas que entendem o bem jurídico interpretado como uma legitimação aparente; crítica de que o conceito seria vazio de conteúdo ou, por fim; o bem jurídico seria irrelevante para uma correta interpretação do Direito Penal²¹².

Antes, imperiosa se faz uma conceituação do bem jurídico, para só então ser realizada a análise das funções que podem ser desempenhadas e as críticas e defesas da teoria do bem jurídico.

---

²¹¹ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 452.

²¹² HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 459.

3.2.3 Conceito

Logo de início, a preocupação é trazer um conceito amplo do que seria bem jurídico. Neste sentido, Luiz Regis Prado menciona que bem seria tudo aquilo que possui um valor para os seres humanos. Esta ideia estaria ligada à noção de utilidade, no sentido de condição para satisfazer necessidades humanas. Citando Arturo Rocco, Regis Prado diz que “*bem é tudo o que, existindo como realidade diante da consideração da consciência humana, é apto para satisfazer uma necessidade humana*”²¹³.

Entretanto, é necessário mencionar que não se deve confundir o conceito de bem jurídico com o conceito de objeto da ação. Muito embora tais conceitos possam eventualmente se confundir no caso concreto, Hefendehl bem demonstra que nos casos de condutas que afetam bens jurídicos coletivos a diferença resta clara. O autor menciona o caso da falsidade documental, na qual o bem jurídico seria a pureza do tráfego probatório ou a confiança no tráfego probatório dos documentos, enquanto que o objeto da ação seria o próprio documento falsificado²¹⁴. Com relação aos bens jurídicos coletivos mencionados por Hefendehl, estes serão tratados adiante, servindo o presente exemplo tão somente para proceder à mencionada distinção entre bem jurídico e objeto da ação. Bottini também alerta para o fato de que a necessidade de existência de um bem jurídico não traria nenhum limite concreto ao direito penal, pois toda norma penal teria um objeto de tutela. Segundo o autor, mais que conferir ao bem jurídico o papel de legitimador de normas penais, é necessário verificar quais seriam os requisitos necessários para que um interesse adquira o *status* de bem jurídico penal relevante.

O conceito de bem jurídico, ao menos para a ciência penal, data do século XIX, com a proposta de Birnbaum, mais especificadamente em 1843, quando o autor introduz o conceito de bem jurídico no contexto jurídico-penal em lugar que antes era ocupado pelo conceito de direito subjetivo, conceito este que em período posterior passa a ser aperfeiçoado, inicialmente por Karl Binding²¹⁵. Os antecedentes necessários para

---

²¹³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 19-20.

²¹⁴ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 180.

²¹⁵ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31 e 32.

esta concepção são as obras de Cristian Thomasius e Cesare Beccaria, na medida em que possibilitaram a separação de crime e pecado, bem como Feuerbach, quando definiu o crime como sendo uma ofensa que, prevista na lei penal, contrariaria o direito de outrem²¹⁶.

Talvez os maiores defensores da teoria do bem jurídico na atualidade sejam Claus Roxin (muito embora já considere uma relativização do conceito em seu novo Tratado de Direito Penal de 2006) e Winfried Hassemer. Neste sentido, a conceito de Roxin do que seria bem jurídico é de extrema relevância. Para o jurista de Munique, bem jurídico poderia ser conceituado da seguinte forma: “*realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os Direitos Humanos e fundamentais do indivíduo*”²¹⁷, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim”²¹⁸.

No mesmo sentido a lição de Sternberg-Lieben, para o qual o Direito Penal teria por principal finalidade a “*manutenção da paz jurídica, tanto por meio da proteção preventiva dos bens considerados mais importantes, como mediante a canalização dos sentimentos sociais de vingança depois que os atos foram praticados*”²¹⁹.

²¹⁶ D`AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59-62.

²¹⁷ Acerca da distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ensina Ingo Wolfgang Sarlet: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35 e 36.

²¹⁸ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 447. Em outro artigo, Roxin assim conceitua bens jurídicos: “[...] aqueles pressupostos indispensáveis para uma pacífica e livre convivência dentro do Estado, em que os direitos fundamentais sejam respeitados. Bens jurídicos são, pois, a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a autodeterminação sexual, mas também, por exemplo, correto funcionamento da justiça ou a proteção contra a falsificação de moeda”. Cf. ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 290.

²¹⁹ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho

Como se percebe, o conceito de bem jurídico é de extrema importância pelo fato de que a intervenção penal se relaciona com a magnitude do bem jurídico e a gravidade da lesão ou do perigo de lesão²²⁰ a que foi exposto. Ou seja, por meio do conceito de bem jurídico, seria possível hierarquizá-los, de modo que auxilie na graduação das sanções penais e permita uma ponderação à respeito das sanções, que no campo do Direito Penal representam uma forma de intervenção estatal das mais gravosas (senão a mais gravosa) de que dispõe o Estado.

Analisado o conceito do bem jurídico, outra questão, talvez até mais importante que o próprio conceito, acaba surgindo. Qual o critério para a escolha de um bem jurídico?

Em verdade, o critério para a escolha dos bens jurídicos não é um tema que encontra consenso na literatura jurídico-penal. Amelug, p. ex., menciona que a teoria do bem jurídico, ao mesmo em que seria um dogma limitador de normas penais inúteis, por outro lado teria uma flexibilidade tamanha a ponto de conferir ao legislador a faculdade de decisão do que seria digno de proteção²²¹. O Supremo Tribunal Federal trilhou caminho semelhante, ao afirmar no HC 104410 / RS, que “*O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens*”.

Muitos autores trabalham com a ideia de *prerrogativa de avaliação* por parte do legislador (em algumas propostas, que fique claro, este critério substituiria o próprio bem jurídico, como foi demonstrado em decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca da legitimidade da incriminação do incesto, em decisão que será adiante analisada).

A ideia de prerrogativa de avaliação é explicada por Sternberg-Lieben como sendo a liberdade para verificar “*a idoneidade e necessidade das limitações de liberdade legalmente estabelecidas, bem como na tomada de decisões valorativas sobre*

---

penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 106.

²²⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²²¹ AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” em la teoría de la protección pena de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 263.

a proporcionalidade entre a utilização dos meios penais e os fins de proteção de bens jurídicos”²²².

Aproximando-se da ideia de prerrogativa de valoração do legislador, com base no critério da proporcionalidade, verifica-se que Sternberg-Lieben vê com restrição a ideia de que da Lei Fundamental (aqui o autor considera, evidentemente, a Constituição Alemã) fosse possível extrair instruções concretas nos casos de dúvidas, já que no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o estabelecimento de valores por meio da Constituição ocorreria apenas por meio de valores genéricos (o que o autor chama de indicadores de direção), mas a correta adaptação às circunstâncias dependeria do próprio legislador²²³.

No entanto, outros autores enxergam no texto constitucional como fundamental no processo de escolha de bens jurídicos relevantes, já que a liberdade do legislador não seria absoluta. Nesta análise, Luiz Regis Prado explica “*o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando—se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais*”. Ainda, menciona que há duas formas de entender esta relação entre o texto constitucional e a escolha do bem jurídico-penal. Uma primeira, que o autor chama de teoria de caráter geral faz referência ao texto constitucional apenas de modo genérico (como p. ex. o conceito visto de Claus Roxin, acerca do desenvolvimento humano). Seriam representantes desta teoria, além de Roxin, também W. Sax, M. Marx, D. Pulitanò, G. Fiandaca e H. J. Rudolphi. Por outro lado, haveria também a chamada teoria estrita, na qual seria buscado no texto constitucional prescrições específicas (como exemplo, pode-se citar a obrigatoriedade de criminalização da tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes etc.)²²⁴.

Também Juarez Cirino dos Santos defende que a escolha dos bens jurídicos deve ter por fonte exclusiva a Constituição da República. O autor defende que o conceito de bem jurídico excluiria a criminalização “*(a) da vontade do poder, (b) de*

---

²²² STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 121.

²²³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 107.

²²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 62 a 65.

papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos, característicos de complexos funcionais como a economia, a ecologia, o sistema tributário etc.”²²⁵.

Bottini apresenta alguns critérios para a escolha do bem jurídico, mencionando que a identificação deve ocorrer nas normas constitucionais, que seriam o referencial último dos valores fundamentais de uma sociedade, estando a proteção fundada na dignidade da pessoa humana²²⁶.

Por fim, alguns autores apresentam uma visão bastante crítica acerca do processo de escolha de bens jurídicos, no sentido de afirmar que tratar-se-ia de uma escolha política, vulnerável portanto às classes detentoras de poder²²⁷. Juarez Tavares também é partidário desta visão, asseverando que o conceito de bem jurídico, enquanto fundamento da incriminação de uma conduta, seria o resultado de uma escolha política²²⁸.

3.2.4 Funções do bem jurídico

É comum encontrar na literatura penal a noção de bem jurídico enquanto um método de interpretação teleológica da norma, bem como enquanto um parâmetro político-criminal à crítica legislativa.

Como parâmetro político-criminal à crítica legislativa, o bem jurídico assume sua maior importância, pois permite um controle das condutas que devem ser incriminadas, bem como possibilita o afastamento daquelas proibições que não afetam nenhum bem-jurídico.

Luiz Regis Prado defende que “*a ciência do Direito Penal deve empenhar-se na busca de diretivas (realistas e eficazes) – sobretudo diante de uma experiência*

²²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed., rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 16-18.

²²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 137-138.

²²⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 101.

²²⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 181.

legislativa pouco favorável – para uma racional concretização e individualização dos interesses merecedores de proteção”²²⁹.

Com relação às funções do bem jurídico, Luiz Regis Prado menciona 4 funções principais, quais sejam: **1)** função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado; **2)** função teleológica ou interpretativa; **3)** função individualizadora; **4)** Função sistemática²³⁰.

Hassemer, partidário da teoria do bem jurídico, considera que a proteção de bens jurídicos seria um princípio negativo cuja função seria limitar o Estado. A análise merece uma reflexão, já que segundo o autor a função do bem jurídico não seria a de criminalizar uma conduta, mas sim de excluir do texto legal todas aquelas condutas que não lesem ou ponham em perigo qualquer bem jurídico. Inclusive, o autor é bastante enfático quando menciona que “uma proibição de uma conduta por meio de ameaça penal que não possa ser remetida a um bem jurídico seria terror de Estado”²³¹.

Para a presente pesquisa importa em especial a segunda feição do bem jurídico, posto que pode ele constituir um limite às técnicas de tipificação.

3.2.4.1 Proteção de bens jurídicos como finalidade do direito penal

Considerando em especial a discussão apresentada quando do conceito de bem jurídico, a respeito da eleição de bens jurídicos a serem tutelados, talvez a pergunta a ser feita seria se o legislador realmente tem limites no momento em que busca tipificar uma conduta.

Como aborda Roxin em um artigo intitulado “A proteção de bens jurídicos é uma finalidade do Direito Penal?”, resultante de uma conferência realizada no Peru e na Colômbia em 2004, deve-se questionar quais as qualidades materiais que uma conduta deveria reunir para que pudesse ser objeto de incriminação. Como bem pondera o autor,

²²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 22.

²³⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 60-61.

²³¹ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 98 e 103.

o legislador não poderia simplesmente criminalizar algo pela sua própria vontade, somente pelo fato de não querer ou desejar a prática de determinada conduta. É citado o caso de críticas ao governo²³², tema em voga no Brasil desde que movimentos populares passaram a contestar o governo, com data simbólica de junho de 2013. A ideia é que, muito embora pudesse ser do interesse do legislador coibir tais condutas, não haveria legitimidade para tal ato. Conforme afirma Roxin, “*um preceito penal que não protege bem jurídico algum é nulo por constituir uma intromissão excessiva na liberdade dos cidadãos*”²³³.

A busca por uma limitação da intervenção penal na esfera de liberdade individual do cidadão tem a teoria do bem jurídico como marco importante, em especial após a 2.ª Guerra Mundial (o que não significa que o conceito de bem jurídico surgiu nesta época, já que é anterior), período marcado pela total desconsideração da dignidade da pessoa humana, pela banalização do mal, na expressão já bastante conhecida de Hannah Arendt²³⁴. Roxin apresenta este marco, que está em consonância com a ideia exposta por Flávia Piovesan (embora em outro contexto), quando menciona que no período do Pós-Guerra, após as atrocidades cometidas pelo regime nazista, era abandonada a ideia de que “*the king can do no wrong*”²³⁵. Logo, adaptando esta ideia para o Direito Penal, em especial quanto ao momento de escolha e tipificação de condutas, é certo que algum limite deve ser imposto ao legislador. Resta saber qual limite e como aplicá-lo.

Na busca por uma limitação, em 1966, no projeto alternativo ao Código Penal alemão, havia a seguinte previsão: “*As penas e as medidas têm como finalidade a proteção de bens jurídicos e a reintegração do autor na comunidade jurídica*”. Conforme destaca Roxin, que foi um dos autores do projeto, a proposta não obteve êxito, mas teria influenciado na produção legislativa, a exemplo do ocorrido com os

---

²³² ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 443.

²³³ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 453.

²³⁴ ARENDT, Hannah. **Eichmman em Jerusalém**: Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

delitos contra a liberdade sexual, que antes estavam inseridos em um título que cuidava dos delitos contra os costumes, conceito extremamente aberto, que permitia inclusive a criminalização do homossexualismo²³⁶.

Crítico acerca da proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, Zaffaroni, para o autor, muito embora o bem jurídico seja fundamental para o princípio da lesividade, ele não deveria legitimar o poder punitivo, em especial pelo risco alertado, no sentido de que “*las emergencias desnudan la contingencia de la ultima ratio*”, ou seja, perderia o bem jurídico a função limitadora, transformando-se em elemento ou conceito legitimador da punição²³⁷.

Ao analisar se seria possível haver um delito que não afetasse bem jurídico algum, tema que dá o título a um artigo publicado por Hassemer, o autor menciona que trata-se de mera pergunta retórica, posto que o bem jurídico seria um fundamento necessário e constitucional não só para conceber um dever de proteção, como também para traçar limites à intervenção e permitir a sua graduação²³⁸.

Assim, assumindo a ideia de proteção dos bens jurídicos como a verdadeira função do direito penal, bem como funcionando a teoria do bem-jurídico como critério material para a limitação da atividade legislativa, verifica-se aqui um importante critério que pode limitar a proliferação das técnicas legislativas que cada vez mais propõem um afastamento do bem jurídico, com o discurso de evitação de riscos.

---

²³⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 444. Segundo afirma Roxin, Stratenwerth e Hirsch não concordam que teria sido a teoria do bem jurídico a responsável pela mudança, mas sim a ideologia que seria outra. Roxin rebate a crítica afirmando que pouco antes do legislador eliminar o delito de homossexualismo havia o entendimento de que a conduta seria censurável, comprovando assim que não havia qualquer mudança de postura ideológica.

²³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALLAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 486-487.

²³⁸ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 104.

3.2.5 Opositores à teoria crítica do bem jurídico

Até o presente momento, houve uma exposição da teoria do bem-jurídico de forma quase que acrítica. Explica-se: o bem-jurídico foi exposto como elemento de crítica à atividade legislativa na tipificação de condutas, mas não houve crítica ainda do próprio bem jurídico.

Dentre os autores que estabelecem críticas à teoria do bem jurídico, é possível destacar Stratenwerth, Hirsch e Jakobs²³⁹, sendo que serão analisadas, de forma sucinta, também as críticas de Frisch e Burchard. Dentre as principais críticas estariam a indefinição do conceito de bem jurídico, que continuaria sendo muito vago e impreciso²⁴⁰, a incapacidade da teoria para limitar o legislador, como ocorreu no caso do crime de incesto na Alemanha, tema que será visto adiante etc. Como propostas, alguns autores, A exemplo de Hirsch, chegam a propor uma aproximação ou complementação com outros critérios, a exemplo do *harm principle*.

Iniciando por Hirsch, o autor entende que não existiria o bem jurídico como conceito preexistente da atividade legislativa, sendo que o autor procede à substituição pelo conceito de proporcionalidade e subsidiariedade como limites à atividade do legislador. Em artigo que Hirsch escreve com Wolfgang Wohlers, o autor afirma que a teoria crítica do bem jurídico não conseguiu cumprir com sua meta de entregar ao legislador um “*critério plausível e utilizável para suas decisões*”, nem introduziu qualquer parâmetro seguro para um exame externo por parte do judiciário. Como exemplo o autor menciona o caso do consumo de drogas, onde bastaria um nexo de imputação indireto, neste caso com relação à própria saúde do usuário, que somente poderiam ser fundamentadas num paternalismo legal²⁴¹.

²³⁹ Na análise feita, foram citados os principais opositores, muito embora a listagem seja muito mais extensa. Apenas a título de exemplo, Christoph Burchard também critica a teoria, acrescentando à lista de opositores os juristas alemães Frisch (*An den Grenzen des Strafrechts*) e Weigend (*Leipziger Kommentar*). Cf. BURCHARD, Christoph. **O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 37.

²⁴⁰ Claus Roxin trabalha com as críticas acerca da vagueza do conceito de bem jurídico em um artigo intitulado “O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Cf. ROXIN, Claus. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque**. Trad. de Alaor Leite. In: *Revista dos Tribunais* 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 297.

²⁴¹ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito*. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**.

Considerando a insuficiência da teoria do bem jurídico para limitar a atividade legislativa, Hirsch trabalha com uma aproximação entre a teoria do bem jurídico e o *harm principle* (princípio do dano). Segundo o autor, a dogmática penal Inglesa e Americana não se utilizam da teoria do bem jurídico, mas sim do *harm principle*, cuja função também seria a de delimitar e limitar o âmbito de aplicação de normas penais²⁴².

A criação do *harm principle* remonta ao século XIX, em especial com a obra de John Stuart Mill, de 1859, quando o autor mencionava:

A única finalidade, justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a auto-proteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente²⁴³.

Hirsch, partindo da teoria de Mill, menciona que na década de 1980, Joel Feinberg²⁴⁴, em sua obra “*The moral limits of the criminal law*”, desenvolveu a teoria de Stuart Mill. Para Feinberg, a conduta continua tendo que ser lesiva aos outros, no entanto haveria outras vias que poderiam legitimar eventual criminalização de uma conduta, como por exemplo o próprio “*efeito ofensivo inerente a uma conduta*”²⁴⁵.

A ideia do *harm principle* seria assegurar a convivência social, protegendo os interesses individuais de ingerências externas, conceito que se aproxima ao mencionado por Roxin quanto ao bem jurídico. Ocorre que, na visão de Feinberg, para que uma conduta fosse considerada relevante, não bastaria a lesividade, mas também que esta conduta fosse injusta, errada (o autor chama de *wrongful*). Para isso, a conduta

¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 285-286.

²⁴² HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 38.

²⁴³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. p. 33-34.

²⁴⁴ Como será visto adiante, este autor teve grande influência para uma das técnicas de tipificação que será mencionada neste trabalho, os delitos por acumulação, em especial com sua descrição do chamado *free rider*.

²⁴⁵ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 39.

deveria ser realizada de forma dolosa ou imprudente, em hipóteses nas quais o agente não poderia evitar as consequências lesivas de sua própria conduta²⁴⁶.

Numa ampliação ao conceito de *harm principle*, Feinberg permitia alcançar riscos de consequências lesivas, ou seja, já admitia os delitos de perigo abstrato. Hirsch explica que “*as condutas que não causam um dano podem ser proibidas sempre que possam dar lugar a consequências lesivas no futuro, para cuja análise será determinante a probabilidade e a gravidade de eventual dano a produzir*”²⁴⁷. No entanto, a ampliação do conceito do *harm principle* de Stuart Mill não teria o condão de retirar o caráter limitador desta teoria. Em especial, assumem relevância na função limitadora os chamados *mediating principles*²⁴⁸. Apenas a título de curiosidade, Hefendehl apresenta também os chamados *extending principles*, cuja função seria a oposta, ou seja, tais princípios permitiriam uma ampliação dos limites punitivos, citando como exemplo os delitos de conduta²⁴⁹.

Na proposta de Hirsch de tentativa de aproximação entre os *harm principles* e a teoria do bem jurídico, o autor menciona que o conceito de dano, dentro da ideia do *harm principle*, seria “*a violação de um recurso a cuja existência indene tem direito outra pessoa*”. Partindo desta premissa, o autor menciona que seria possível construir algo parecido com o bem jurídico a partir do *harm principle*. Segundo Hirsch, o motivo

²⁴⁶ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 40.

²⁴⁷ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 40.

²⁴⁸ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 41. O autor menciona que os *mediating principles* se referem a “*intensidade e probabilidade de dano, a relevância dos interesses a proteger, o grau de limitação da liberdade pessoa do autor e o valor social do comportamento*”. Hefendehl menciona que são entendimentos como *mediating principles* a autoproteção, a subsidiariedade, proporcionalidade, tolerância etc. Cf. HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 466.

²⁴⁹ HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 466.

da utilização da teoria do bem jurídico na Alemanha seria para ampliar o âmbito do que seria considerado dano a outros, motivo pelo qual haveria uma tendência em ampliar o marco dos potenciais bens jurídicos, tanto que seriam “*suscetíveis de reconhecimento como bens jurídicos também entidades puramente fáticas ou relações funcionais, como por exemplo ‘a possibilidade de funcionamento do mercado de capitais’*”, embora considere o autor não ser o bem jurídico um fenômeno da esfera do ser. Entre as implicações ao bem jurídico, estaria a contribuição no debate acerca da falta de clareza dos bens jurídicos, em especial a partir da ideia de dano a outrem ser entendido como uma ingerência em recursos sobre os quais tenha direito outra pessoa. O conceito ajudaria também no conceito dos bens coletivos, posto que muito embora o *harm principle* conceda preferência aos interesses individuais, também permitiria a proibição de condutas coletivamente lesivas, desde que a razão destes bens coletivos radiquem na proteção da qualidade de vida dos seres humanos. Ainda, o *harm principle* poderia ajudar na distinção entre a ofensa a interesses de terceiros e interesses do próprio agente, distinção que poderia ser aplicada nos crimes contra a saúde pública²⁵⁰.

Hirsch finaliza sua exposição afirmando a possibilidade de trabalhar com os conceitos de *harm principle* e bem jurídico, já que o bem jurídico, por si só, não é suficiente para conformar toda uma teoria da criminalização, porém o autor defende que devem existir critérios legítimos para a criminalização que estejam fora da noção de bem jurídico, já que este ainda seria insuficiente²⁵¹.

Já para Stratenwerth, a grande quantidade de definições de bem jurídico na literatura penal impediria uma definição material deste conceito, afirmando que não é a proteção de bens jurídicos que conduziria o legislador no momento de tipificação de uma conduta, mas sim a indesejabilidade desta conduta, tanto que chega a defender que seria função do Direito Penal a proteção de tabus culturais e normas de condutas

---

²⁵⁰ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 41-46. O autor ainda menciona outras contribuições do *harm principle*, a exemplo dos problemas de imputação, onde condutas perigosas, ainda que de uma perspectiva abstrata, poderia ser proibidas.

²⁵¹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 52.

elementares, baseado no critério do consenso social²⁵². Em artigo que debate a legitimação dos delitos de conduta, Stratenwerth menciona três exemplos em que a teoria do bem jurídico foi afastada: **a)** quando da discussão de crimes sexuais, em especial com relação à mera posse de material pornográfico e do incesto, nos quais prevaleceram “*convicções gerais fortemente emotivas*”; **b)** caso do insider trading na suíça, no qual houve um discussão acerca de qual seria o bem jurídico protegido²⁵³, sendo que ao final a problemática do bem jurídico foi posta de lado e prevaleceu o entendimento de que se tratava simplesmente de assegurar uma norma de conduta cujo cumprimento deve ser confiável na transações econômicas; **c)** por fim, o caso da lavagem de dinheiro, onde não houve qualquer justificativa adicional, salvo o discurso no sentido de que se tratava de lutar contra o crime organizado²⁵⁴.

Jakobs, por sua vez, afirma que a função do Direito Penal seria a confirmação da vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos, numa visão que se aproxima àquela já defendida por Hegel quando da análise das funções da pena, em especial quando se defende o caráter de retribuição, representando a pena uma *negação da negação do direito*²⁵⁵. No entanto, em uma análise detida da obra de Jakobs, é possível perceber que o autor não nega completamente a função proteção de bens jurídicos, porém com o entendimento do crime como sendo um dano social. Como a configuração social se concretizaria por meios de bens, a sanção teria como foco justamente a danosidade social, não o perigo ou a própria lesão de bens jurídicos²⁵⁶.

²⁵² Cumpre ressaltar que entendimento semelhante foi utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão quando da análise do crime de incesto ocorrida no ano de 2008, mencionada em GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, p. 165-185, jan.-fev./2010.

²⁵³ Na época, o autor informa que surgiram três argumentações: **a)** o bem jurídico seria relacionado aos interesses da empresa que teria sofrido a lesão; **b)** a colocação em perigo de interesses econômicos gerais; **c)** constituiria um atentado contra o princípio de igualdade de oportunidades.

²⁵⁴ STRATENWERTH, Günter. Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Org.). **Límites al derecho penal:** principios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012. p. 237-247.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico.** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 445 e 455.

²⁵⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal:** parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquim Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 57-58. Um dos grandes riscos da teoria de Jakobs seria a abertura que daria ao legislador, já que não questiona a legitimidade ou ilegitimidade dos conteúdos normativos. Cf. ROXIN, Claus. **A proteção de**

Outras críticas são feitas a partir de um julgamento ocorrido na Alemanha no ano de 2008, quando o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que o incesto não careceria de qualquer problema de legitimidade, o que levou autores como Christoph Burchard²⁵⁷ a declarar o fim da teoria do bem jurídico, posição também adotada por Frisch e Weigend²⁵⁸. Segundo Burchard, o Tribunal Constitucional Federal Alemão “*substituiu a teoria do bem jurídico tutelado pelo princípio da proporcionalidade, o direito penal pré-constitucional por um direito penal constitucional, e os limites absolutos acadêmicos por prerrogativas de valoração do legislador*”²⁵⁹.

No caminho de Burchard, as críticas feitas por Frisch ao bem jurídico podem ser sintetizadas na vagueza e escassa função limitadora; bem como na “*ausência de competência legítima em muitos âmbitos do penalista e, especialmente, do legislador penal para tomar a decisão sobre se determinadas realidades são ou não bens jurídicos*” e; limitada relevância do conceito de bem jurídico, que na visão do autor seria somente um primeiro passo para a legitimação de uma proibição²⁶⁰.

A exemplo do que foi dito pelo Tribunal alemão, o autor menciona que “*conforme a Constituição, as normas penais não estão sujeitas a nenhuma exigência que se possa derivar da teoria do bem jurídico em matéria penal*”. Em verdade, o legislador teria liberdade para decidir sobre a função das leis penais, sendo que o limite do *ius puniendi* somente se excederia depois que houvesse o excesso das amplas *prerrogativas de valor* por parte do legislador. Por conta disso, o autor trabalha com o conceito de proporcionalidade como critério para buscar uma limitação da atividade legislativa em matéria penal, afirmando que a proporcionalidade estaria satisfeita:

---

bens jurídicos como função do direito penal. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

²⁵⁷ Adiante referenciado. No entanto, cumpre desde já informar que o autor concorda com a questão do abandono do bem jurídico, não com a criminalização do incesto.

²⁵⁸ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 37.

²⁵⁹ BURCHARD, Christoph. **O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha.** In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 50.

²⁶⁰ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico.** ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 311-319.

(1) Se a lei persegue um objetivo legítimo; (2) Se a lei está capacitada para alcançar este objetivo; (3) Se a lei é necessária, ou seja, para alcançar o objetivo determinado não deve existir um meio menos severo que tenha a mesma efetividade, e; (4) Se a lei é adequada, ou seja, se a medida não é desproporcional ao propósito ou objetivo da ação (este último conceito também é conhecido como princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou como uma proibição do excesso)²⁶¹.

Ainda demonstrando as falhas e a insuficiência do conceito de bem jurídico, Burchard menciona que: *a*) o conceito apresentaria uma bipolaridade, teria um caráter absoluto (ou haveria bem jurídico ou não haveria bem jurídico), sendo que não deixa claro como alcançar os limites absolutos, em especial numa sociedade democrática e pluralista; *b*) tal como estabelecido, o conceito de bem jurídico comporta preferências subjetivas e idiosincrasias, ao invés do legislador democraticamente escolhido, por meio de um *check & balance*; *c*) o conceito de bem jurídico seria ambíguo e difuso, havendo na literatura inúmeros conceitos; *d*) a teoria do bem jurídico não ajudaria na verificação dos limites entre a violação moral não punível e a violação punível de um bem jurídico (a exemplo do que ocorre nos delitos sexuais)²⁶².

Ao contrário, uma decisão tal qual a adotada pelo Tribunal alemão no caso do incesto permitiria o preenchimento do que o autor chama de zonas cinzentas. Ao mesmo tempo, o critério da proporcionalidade teria um potencial maior que a teoria do bem jurídico, em especial pelo fato de que a proporcionalidade estabeleceria uma relação também com a doutrina dos fins da pena²⁶³.

---

²⁶¹ BURCHARD, Christoph. **O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 33-36. Importante mencionar que para o autor, com relação ao primeiro aspecto, o critério seria próximo da teoria do bem jurídico, já que a norma penal deveria servir para a “proteção dos demais ou do público em geral”; já com relação à conveniência e necessidade, estar-se-ia diante de critério semelhante à *ultima ratio*. O que muda com relação à *ultima ratio*, ainda conforme a lição de Burchard, seria o fato de que a decisão do tribunal alemão concederia ao legislador mais prerrogativas no momento de analisar a conveniência e necessidade.

²⁶² BURCHARD, Christoph. **O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 38-40.

²⁶³ BURCHARD, Christoph. **O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 42-43.

3.2.6 Favoráveis à teoria crítica do bem jurídico

Após uma análise de algumas das principais críticas que são realizadas acerca do bem jurídico, cabe uma análise dos fundamentos favoráveis, no sentido de uma busca pela reafirmação da teoria do bem jurídico como critério material limitador do legislador na tipificação de condutas.

Mesmo após todas as críticas, grandes juristas ainda defendem o conceito de bem jurídico, a exemplo de Roxin, Hassemer e Schünemann.

Hassemer trabalha com um conceito crítico de bem jurídico, sendo que menciona que dentre as discussões mais comuns acerca deste conceito, estariam incluídas a definição do que seria um bem jurídico; como estes bens surgem e se mantêm na realidade social e individual; se seria possível ameaçar com pena e sancionar uma conduta que não afete nenhum bem jurídico²⁶⁴. Na opinião do autor, a punição de uma conduta desvinculada de um bem jurídico não poderia ser legitimada, ou seja, a teoria do bem jurídico teria a força de trazer limites materiais ao legislador. Em estudo apresentado na célebre coletânea de Roland Hefendehl, Hassemer apresenta os seguintes enunciados acerca do bem jurídico:

- el bien jurídico es irrenunciable como baremo de una buena política criminal,
- debería centrarse em su núcleo negativo tradicional crítico al Derecho penal,
- también los bienes jurídicos universales son “bienes jurídicos” em sentido penal,
- sin embargo, esos bienes jurídicos universales deben funcionalizarse partiendo de la persona,
- una política criminal moderna y divagadora también daña el concepto tradicional de bien jurídico com la utilización de bienes jurídicos vagos y demasiado generalizadores²⁶⁵.

Hassemer percebe a aproximação entre a ciência penal e a Constituição quando menciona que o direito penal seria um “direito que põe limites na luta contra o

²⁶⁴ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 95.

²⁶⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 96.

delito”, ao passo que a Constituição traz “limites à intervenção, também para o Estado que exerce o poder punitivo”²⁶⁶. Ainda, o bem jurídico teria relação com a proibição de excesso constitucional, já que, por um lado, se exige uma fundamentação para a punição (ameaça de lesão ou lesão a bem jurídico), bem como permite uma análise da hierarquia dos bens jurídicos, que seriam parâmetros para análise da proporcionalidade das sanções, no momento em que o Estado intervém na esfera de liberdade individual do cidadão²⁶⁷.

Em posicionamento que se assemelha ao de Hassemer no tocante à aproximação do conceito de bem jurídico e a Constituição, Luiz Regis Prado menciona que “*somente tendo como ponto de partida a concepção representada pelas teorias constitucionais, pode-se aspirar à individualização, ainda que aproximada, dos concretos objetos de tutela que efetivamente constituem os fundamentos de uma estrutura social em um momento histórico determinado*”²⁶⁸.

Schünemann, por sua vez, confere ao bem jurídico “*um papel produtivo importante já em nível primário da averiguação da estrutura do delito e, ato contínuo (em segundo nível), na determinação do marco de ações compreendidas no tipo como ofensivas ao bem jurídico*”. Para o autor, a teoria do bem jurídico poderia trazer um triplo benefício ao Direito Penal: **a)** diferenciação de bens jurídicos coletivos e bens jurídicos aparentemente coletivos; **b)** legitimar os bens jurídicos intermediários, de instituições, desde que tenham por função final a proteção do seres humanos; **c)** legitimação de tipos penais controvertidos, a exemplo dos delitos econômicos e contra o

---

²⁶⁶ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 97.

²⁶⁷ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 98-99. Interessante notar que Luís Greco considera que esta foi a única proposta a prosperar acerca do conceito de bem jurídico, face à quantidade de críticas que são estabelecidas. Cf. GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97.

²⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

meio ambiente. O autor defende a manutenção da teoria do bem jurídico, afirmando que seu desenvolvimento ainda estaria por vir²⁶⁹.

Outros autores também são partidários da teoria do bem jurídico, mas procuram desenvolver novos elementos, a exemplo de Hefendehl, que trabalha também com a teoria do *harm principle*.

Claus Roxin, um dos grandes defensores da teoria do bem jurídico, menciona que os limites intervencionistas deveriam ser extraídos da função social do Direito Penal, função esta que seria assegurar uma existência pacífica, livre e socialmente segura. Tais fins somente seriam buscados por meio do Direito Penal quando não fosse possível alcançá-los pelo emprego de outros meios menos gravosos de intervenção²⁷⁰. Neste aspecto, percebe-se uma preocupação do autor com o respeito a princípios limitadores do Direito Penal, em especial a ideia de subsidiariedade, entendendo-se o Direito Penal como *ultima ratio*. Roxin conclui no sentido de que o ideal seria que “*o poder de intervenção estatal e a liberdade dos cidadãos tenham um equilíbrio que garanta ao indivíduo tanta proteção quanto seja necessária, mas tanta liberdade individual quanto seja possível*”²⁷¹.

Uma das grandes questões enfrentadas pelos juristas diz respeito a quais os limites no momento de limitar a atividade legislativa, bem como em como selecionar bens jurídicos penalmente relevantes e legítimos. Aqui seria importante a função de delimitação negativa do bem jurídico. Na proposta de Roxin, as diretrizes seriam várias, que serão expostas de forma resumida a seguir: **a)** normas meramente ideológicas ou que atentem contra os direitos humanos e os direitos fundamentais são ilegítimas; **b)** a mera delimitação de uma finalidade pela lei não é um bem jurídico; **c)** a mera ilicitude

---

²⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 199 e 226.

²⁷⁰ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 447.

²⁷¹ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 447.

moral não basta para justificar uma disposição penal²⁷²; **d)** a lesão da própria dignidade não pressupõe a lesão a um bem jurídico; **e)** a proteção de sentimentos só poderia ser considerada uma proteção de bens jurídicos quando se tratar do sentimento de insegurança; **f)** nem a autolesão consciente nem a sua facilitação poderiam legitimar a ameaça de pena²⁷³; **g)** leis penais simbólicas não serviriam para a proteção do bem jurídico²⁷⁴; **h)** tabus não são bens jurídicos²⁷⁵; **i)** não seriam bens jurídicos objetos de abstração inapreensíveis, tais como condutas adequadas a perturbar a paz pública²⁷⁶.

No entanto, tendo em vista tantas críticas que são feitas ao bem jurídico, é de se ressaltar uma abertura no posicionamento de Claus Roxin, quando o autor menciona que no caso de proteção de embriões, animais e da natureza, bem como da vida de gerações futuras, o princípio de proteção dos bens jurídicos não poderia oferecer muita ajuda, mas mesmo assim o direito penal moderno traria a exigência de proteção²⁷⁷. O autor abandonou, aparentemente, o conceito antropocêntrico de bem jurídico²⁷⁸.

---

²⁷² Neste aspecto, é importante mencionar a posição do Tribunal Constitucional Alemão que se manifestou no sentido da Constitucionalidade do incesto, contrariando a proposta de Roxin. Para maior aprofundamento, cf. GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, p. 165-185, jan.-fev./2010.

²⁷³ O Direito Penal visa a proteção dos bens jurídicos por atos ofensivos de outros e não se si mesmo.

²⁷⁴ Como exemplo, Roxin menciona a criminalização da negação ou diminuição do Holocausto nazista, que não deveria ser objeto de tutela penal.

²⁷⁵ Remete-se o leitor, mais uma vez, à obra de GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, p. 165-185, jan.-fev./2010.

²⁷⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 449-452.

²⁷⁷ HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 468. Na mesma conclusão chega Luís Greco. Cf. GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 38.

²⁷⁸ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. de Alair Leite. In: Revista dos Tribunais 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 313-314.

3.2.7 Bens jurídicos supraindividuais ou coletivos e o direito penal econômico

Feita a análise dos bens jurídicos, passando pelo conceito, funções e, em especial, pelas críticas, chega-se a um ponto em que a relação com o Direito Penal Econômico é de grande importância. Como visto quando dos critérios de delimitação, uma das formas de se delimitar o direito penal econômico seria por meio do bem jurídico. Foi asseverado que nos delitos econômicos uma das principais características seria justamente a proteção a bens jurídicos supraindividuais ou coletivos.

A importância de verificar qual seria o conteúdo do bem jurídico protegido nos delitos econômicos, bem como quais seriam as condutas selecionadas para efeitos de criminalização é mencionada por Heloisa Estellita Salomão²⁷⁹.

Como já destacado e, de certa forma, já de conhecimento comum, o direito penal tradicional tinha por característica a tutela de bens jurídicos individuais ou também chamados de tradicionais. Basta citar os exemplos dos crimes de homicídio e de furto e roubo, que tutelam a vida e o patrimônio, respectivamente. A grande função destes bens jurídicos seria a de garantir uma convivência pacífica entre as pessoas²⁸⁰.

A mudança começa a ocorrer no momento em que o direito penal assume uma função política e passa a tutelar também *funções* e a promover pela própria realização pessoal das pessoas. A lesão aos bens jurídicos passa a não ser mais o marco inicial para atuação do direito penal, mas sim o próprio perigo de lesão. Esta é a característica do direito penal econômico, que não mais se ocupa de direitos unicamente individuais, mas direciona sua atuação para a proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, a exemplo da saúde pública, da ordem econômica, meio ambiente, sistema previdenciário etc²⁸¹. Segundo Bottini, a própria preservação da dignidade humana exige a tutela penal de bens coletivos²⁸².

---

²⁷⁹ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 153. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁸⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁸¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁸² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 139.

Tais bens, conforme destaca Bottini, “*refletem, em última análise, as condições necessárias ou o meio seguro para o livre exercício dos interesses individuais*”²⁸³.

Neste sentido é importante ressaltar que Roxin menciona que em um Estado Democrático de Direito, para garantir a coexistência livre e pacífica, deve o Estado garantir não somente aquelas condições *individuais* para a coexistência, senão também as *instituições estatais necessárias* para tal fim, dando como exemplo a administração da justiça, os sistemas fiscais e monetários etc. Prossegue o autor no sentido de que tais bens jurídicos não precisariam ter uma realidade material, pois seriam parte de uma realidade empírica. No entanto, para delimitar o conceito de bem jurídico, Roxin acrescenta que estes não podem restar limitados a bens jurídicos individuais, devendo ser incluídos também os bens jurídicos da comunidade, os quais, no entanto, só seriam legítimos quando, ainda que de forma mediata, sirvam ao cidadão individual²⁸⁴.

Em sentido semelhante, Sternberg-Lieben, quando menciona que o bem jurídico seria uma “*situação real e suscetível de ser lesionada e que em um momento histórico concreto aparece como condição e requisito para o desenvolvimento pessoal*”. É possível estender este conceito também aos bens jurídicos supraindividuais, muito embora estes “somente devam receber proteção jurídico-penal quando possam ser inferidos a partir de interesses individuais”²⁸⁵.

Claus Roxin, em determinado momento, menciona que seria fácil verificar que uma administração da justiça ordenada seria necessária para o livre desenvolvimento do sujeito na sociedade²⁸⁶, sendo que o mesmo pode ser dito da ordem econômica, em especial quando verificamos o *status* conferido constitucionalmente a tal bem jurídico, no sentido de que a ordem econômica seria, conforme o art. 170 da

²⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 141.

²⁸⁴ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 447 e 449.

²⁸⁵ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 109.

²⁸⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 447 e 449.

Constituição Federal, “*fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”. Logo, ainda que se trate de um bem jurídico supraindividual, há, ainda que em última instância, um referencial humano e uma conexão com o princípio da dignidade humana, o que confere a legitimidade para sua proteção também por meio do Direito Penal.

Assim, considerando que o foco do direito penal econômico são os bens jurídicos supraindividuais ou coletivos, cumpre proceder uma análise à estrutura destes bens, conforme proposta de Hefendehl.

Para a análise, o autor se utiliza de vários critérios, tais como o conceito de não exclusão (*Nicht-Ausschliessbarkeit*) no uso e de não rivalidade (*Nicht-Rivalität*) no consumo. Ainda, outro critério que ajuda a delimitar os delitos coletivos e diferenciá-los dos individuais seria a não distributividade (*Nicht-Distributivität*). Assim, um bem será coletivo se a utilização por uma pessoa não implicar em exclusão do bem para outra, bem como seja possível que ambas as pessoas possam usufruí-lo. Ainda, o bem não pode ser passível de fracionamento ou distribuição²⁸⁷.

As estruturas propostas por Hefendehl acerca dos bens coletivos seriam três, senão vejamos: **a)** bem jurídico da confiança socialmente relevante, a exemplo da confiança na segurança da moeda; **b)** bens jurídicos consistentes em contingentes esgotáveis que sejam relevantes para a sociedade, a exemplo do meio ambiente; **c)** bens jurídicos de proteção das condições do quadro do Estado, importantes no contexto do estado interventor para promoção do bem-estar social, necessitando de proteção, p. ex., contra delitos fiscais²⁸⁸.

Bottini critica a “*excessiva abstração dos interesses supraindividuais*”, pois na opinião do autor isto acaba por impedir uma delimitação clara destes bens jurídicos para que possam exercer sua função de limitação do direito penal.

---

²⁸⁷ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 188-189.

²⁸⁸ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 190-191.

Muito embora várias críticas tenham sido realizadas à teoria do bem jurídico, uma função ainda é bastante destacada, que seria a separação dos verdadeiros bens jurídicos coletivos e daqueles apenas aparentes (a exemplo da saúde pública), sendo que para que estes últimos tenham que se legitimar é necessária uma consideração pelos critérios de proteção dos bens jurídicos individuais²⁸⁹.

Quando se trata de normas penais econômicas, este bem jurídico de caráter supraindividual seria principalmente a ordem econômica, a qual tem por objetivo um equilíbrio nas relações de produção, circulação e distribuição de riquezas.

No entanto, Rios assevera que ainda que tais mudanças possam ser observadas, só seria legítima a atuação do direito penal quando os mesmos princípios legitimadores do direito penal fossem respeitados²⁹⁰. Assim, não basta meramente apresentar um bem jurídico como se coletivo fosse, caso não exista, ainda que de forma mediata, um referencial humano. Ademais, não é só pelo fato de um bem ser coletivo que os princípios limitadores devem ser esquecidos ou relativizados. Logo, será legítima a proteção penal de bens jurídicos coletivos quando esta esteja orientada “à *proteção da liberdade de autodeterminação do ser humano*”²⁹¹.

Quando se fala da intervenção do Estado na atividade econômica, esta se procede por órgãos estatais que controlam a atuação dos agentes econômicos, garantindo assim o correto funcionamento do sistema financeiro, previdenciário etc. Conforme alerta Rios, estas atividades seriam funcionais e podem ser caracterizadas como bens jurídicos a serem tutelados. Por conta desta constatação, além da prevenção e repressão de lesões objetivas de conduta, caberia também a prevenção e repressão pela inobservância de normas de organização em que eventual finalidade pública da atividade funcional (como anteriormente visto)²⁹². No entanto, não se deve perder de vista que tais atividades funcionais devem sempre, ainda que não imediatamente, trazer

---

²⁸⁹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 191.

²⁹⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 134.

²⁹² RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 271. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

alguma referência ao ser humano e possibilitar o pleno exercício de sua dignidade. Realmente, parece que assim ocorre com a ordem econômica, posto que seus próprios fundamentos radicam na valorização do trabalho e livre iniciativa, tendo por finalidade a promoção da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito aos bens jurídicos supraindividuais, característicos do direito penal econômico, Sternberg-Lieben menciona que a teoria pessoal dos bens jurídicos não estaria restrita aos bens jurídicos individuais clássicos, uma vez que também abrangeria aqueles chamados de supraindividuais. Nas palavras do autor, isso ocorreria pelo fato de que “*na realidade social as interações teriam lugar entre uma pluralidade de indivíduos, e nas relações mútuas destes nos âmbitos da sociedade e Estado se constroem novos elementos de sua existência em liberdade*”²⁹³.

Já na visão de Tiedemann, “*a conduta que afeta diretamente um bem jurídico coletivo ou supraindividual de conteúdo econômico (de interesse geral) conferirá ao tipo penal em questão a qualidade de delito econômico (ex: crime fiscal, financeiro, previdenciário etc.)*”²⁹⁴. Muita discussão existe acerca da utilização de tipos de perigo abstrato, posto que nestes delitos, para alguns autores, estaria esvaziada a ideia de que a ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico traria a tipicidade material, deixando assim o bem jurídico de exercer sua função limitadora. No entanto, Tiedemann não cria objeções à utilização dos delitos de perigo abstrato, já que, muito embora tal técnica de tipificação possa trazer uma restrição à liberdade da ação empresarial, não haveria qualquer ofensa à proporcionalidade nem à ideia do Direito Penal como *ultima ratio*. Segundo o autor, seria possível que o Direito Penal fosse até mesmo mais permissivo que o próprio Direito Administrativo sem sanções penais²⁹⁵. No entanto, a discussão acerca dos delitos de perigo abstrato será melhor aprofundada

²⁹³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 111.

²⁹⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 273. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

²⁹⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa**. Traducción de Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Editorial Ariel, 1985. p. 36, *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 164-165. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

adiante, quando da análise em específico das técnicas de tipificação na atividade econômica do Estado intervencionista.

No entanto, não são todos os autores que concordam com a visão dos bens jurídicos coletivos. O exemplo seria de Günter Stratenwerth, para o qual este conceito seria prescindível. Para o autor, “*se a lei protege os interesses individuais mais ou menos consolidados de uma pluralidade de sujeitos, talvez de um número indeterminado ou de todos, então não temos que criar nenhum bem jurídico universal para justificar a norma penal*”. Prossegue o autor explicando que, em se tratando de decisões normativas básicas que são de interesse geral, tais decisões deveriam ser discutidas com razões que possam ser favoráveis ou contra a proteção penal, mas isso sem o dogma do bem jurídico²⁹⁶.

Com isso, a incerteza acaba permanecendo quando da exposição deste assunto tão relevante. Com tantas críticas, tanto considerando a teoria do bem jurídico do ponto de vista geral, quanto com relação ao bem jurídico coletivo agora analisado, resta saber se há futuro para teoria do bem jurídico. Isso pelo fato de que, a depender do contexto, de nada adiantaria a delimitação proposta com base no bem jurídico coletivo, bem como seria perdido um importante limite material nas técnicas de tipificação.

3.2.8 A teoria do bem jurídico ainda é um critério seguro para limitação do *ius puniendi* e delimitação do direito penal econômico?

Para responder a esta pergunta, passa-se à análise de um interessante artigo da lavra de Luís Greco, no qual o autor procede a uma análise crítica de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca do crime de incesto, já mencionada de forma resumida no presente trabalho. Nesta decisão, a teoria do bem jurídico foi recusada pelo Tribunal, exceto por um de seus maiores defensores, também já mencionado no presente trabalho, qual seja, Winfried Hassemer, juiz e vice-presidente daquela Corte, falecido recentemente (janeiro de 2014). Na decisão mencionada, o Tribunal Constitucional Alemão, majoritariamente, entendeu que o incesto não teria problemas de

---

²⁹⁶ STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 371-372.

constitucionalidade, pois para que uma conduta fosse considerada relevante e digna de proteção por meio de ameaça de pena, bastaria que ela estivesse formalmente fundamentada em lei e materialmente respeitasse limites da esfera nuclear da autonomia e vida privada, bem como deveria ser proporcional e reforçada por uma convicção de injusto que estivesse sedimentada na sociedade. Dentre os critérios utilizados para justificar a constitucionalidade da criminalização do incesto, surgiram argumentos como proteção do casamento e da família, proteção da autodeterminação sexual, prevenção de doenças genéticas nas novas gerações etc. Como dito, Hassemer criticou os argumentos utilizados, mencionando que “*uma convicção social não é capaz de legitimar constitucionalmente uma norma jurídico-penal*”, sendo que o crime de incesto protegeria apenas convicções morais e outros instrumentos que não o Direito Penal seriam mais idôneos²⁹⁷.

A discussão, embora inicialmente pareça não ter relação alguma com o direito penal econômico, tem sua importância revelada pela discussão acerca da (in)utilidade do bem jurídico. Isso pelo fato de que grande parte da doutrina aponta a ordem econômica como bem jurídico coletivo ou supraindividual a ser protegido nos delitos econômicos, sendo que tal conceito permitiria trabalhar com uma limitação material no momento da tipificação de condutas. Ocorre que, reitera-se mais uma vez, em se entendendo pela inaplicabilidade da teoria do bem jurídico, ou outro critério deve ser utilizado (se é que há outro critério que promova tal segurança) ou então se concederá poderes ilimitados ao legislador no momento da incriminação de condutas.

Partindo da preocupação acima exposta, na decisão do Tribunal Alemão, houve o entendimento de que a teoria do bem jurídico teria um duplo problema, que Luís Greco chama de problema de definição e problema da fundamentação ou democracia. Com relação ao problema de definição, o conceito de bem jurídico seria controverso, crítica semelhante à de Stratenwerth. Ou o conceito de bem jurídico seria normativo, sendo que nesta hipótese não teria nenhuma distinção da *ratio legis*, o que não limitaria o legislador, ou então seria um conceito naturalístico (com pretensão de suprapositividade), com o problema de que violaria a ideia de que é o legislador quem

---

²⁹⁷ GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, jan.-fev./2010. p. 167-168.

deve democraticamente selecionar quais seriam os bens a serem protegidos pelo Direito Penal²⁹⁸.

A verdade é que a doutrina trabalha com critérios para a definição do bem jurídico, justamente em tentativa de suprir esta crítica quanto à definição. Um dos critérios que parece mais interessante é justamente o resgate do referencial humano na proteção do bem jurídico, já mencionado por outros autores na presente pesquisa e agora reforçado por Pierpaolo Bottini. Como alternativa à fluidez do conceito de bem jurídico, em especial quando se trata de bens jurídicos coletivos, é necessário um resgate de sua capacidade crítica, que para o autor ocorreria quando “*compreendidos como contextos necessários para, ainda que de maneira mediata, garantir a existência de interesses individuais indispensáveis para a materialização da dignidade humana*”, o que não seria sinônimo de “*mera somatória de bens jurídicos individuais*”²⁹⁹. Destaque-se novamente os critérios diferenciadores de Hefendhel (não exclusão no uso; não rivalidade no consumo; não distributividade³⁰⁰).

Voltando ao caso do incesto, Luís Greco critica o posicionamento adotado na Alemanha, por considerar que a ideia de que a imoralidade, associada a outras razões justificadoras (proteção do matrimônio, família etc.) traria uma abertura muito grande ao legislador, já que “*na prática, quase tudo que é visto como imoral produzirá consequências indiretas similares às que foram mencionadas pelo Tribunal Constitucional Alemão para legitimar a proibição do incesto*”, que o faria com que o conceito de “mera imoralidade” se tornasse algo teórico e sem aplicabilidade prática. Neste ponto, o autor apresenta a distinção entre o *moralismo jurídico-penal*, no qual a imoralidade de um comportamento seria relevante para a criminalização da conduta, e o *liberalismo jurídico-penal*, no qual a ideia seria justamente a contrário, ou seja, a imoralidade seria irrelevante. Ainda, Luís Greco critica o que chama de caráter consequencialista da teoria do bem jurídico, em especial quando o argumento de não punir uma conduta pela ausência de bem jurídico é sintetizada na ideia de que eventual

²⁹⁸ GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, n. 82, jan.-fev./2010. p. 171-172.

²⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

³⁰⁰ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 188-189.

punição não traria qualquer benefício. Isso pelo fato de que poderia ser adotada a ideia de *prerrogativa de avaliação* na qual o legislador teria liberdade para estabelecer suas próprias suposições empíricas, tendo assim justificar eventual utilidade ou idoneidade na criminalização de determinada conduta. O autor chama de *ponto cego* da teoria do bem jurídico o fato de que, numa análise consequencialista, seriam vistos apenas vantagens e desvantagens na criminalização de condutas, o que impediria a ideia de trabalhar com direitos como trunfos, p.ex. Logo, voltando à discussão do incesto, ainda que o Tribunal Alemão trabalhasse com a teoria do bem jurídico e com isso afastasse a ideia de convicções sociais, poderia se utilizar de outros aspectos como proteção do matrimônio ou da família para legitimar tal proibição³⁰¹.

Como alternativa, o Luís Greco aponta como limitação à atividade legislativa a *autonomia dos cidadãos*, mencionando que em certas esferas o cidadão é soberano absoluto e que, mesmo quando “*muitas podem ser as ‘competências do legislador democraticamente legitimado’, ainda assim não pode ele tocar no intocável*”. Logo, a criminalização do incesto seria ilegítima não só pelo fato de que a proteção por meio do direito penal teria pouca eficácia ou porque não traga benefícios, mas sim pelo fato de que representa uma incompatibilidade com o respeito à autonomia do cidadão³⁰².

No entanto, Luís Greco não afasta por completo a importância da teoria do bem jurídico. Pelo contrário, o autor menciona Hassemer, quando este diz que “*o exame de proporcionalidade já pressupõe uma teoria do bem jurídico, pois é necessário um ponto de referência para avaliar se um comportamento é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito*”. No entanto, a teoria não resolve todos os problemas que surgem em Direito Penal. No caso da proteção de valores morais seria o argumento da autonomia que traria a limitação material. Já no caso da distinção de bens jurídicos

---

³⁰¹ GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, jan.-fev./2010. p. 173-177.

³⁰² GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, jan.-fev./2010. p. 178.

legítimos e ilegítimos, esta seria uma das principais funções da teoria do bem jurídico, em especial no caso dos bens jurídicos coletivos³⁰³.

Reassume assim a teoria do bem jurídico toda a sua importância, embora sem a pretensão de abranger todos os casos. De qualquer forma, não é possível simplesmente abdicar do bem jurídico, como proposto por alguns autores, por se tratar de um dos únicos instrumentos jurídicos que ainda permitem uma discussão e crítica da irracionalidade e desmedido expansionismo legislativo.

No entanto, Sternberg-Lieben menciona que a inclusão destes bens jurídicos supraindividuais ou coletivos colocaria em risco o conceito de bem jurídico, posto que o privaria de substância. O autor cita como exemplo a proteção de unidades funcionais, como ocorre no direito penal econômico, que ampliaria a punibilidade alcançando até mesmo condutas que não teriam o condão de assegurar condições para o desenvolvimento das pessoas³⁰⁴, ou seja, perder-se-ia o referencial humano.

Evidentemente que a teoria do bem jurídico passa hoje por muitas críticas e enfrenta novos contextos que fazem com que sua aplicabilidade seja questionada. P. ex., é possível mencionar toda a discussão acerca da aplicabilidade da teoria do bem jurídico e do princípio da lesividade ou ofensividade nos tipos penais de perigo abstrato. Tal tema será analisado no momento oportuno. No entanto, Roxin já enfrentando este tema, menciona que neste caso a teoria do bem jurídico somente seria útil quando aplicada de forma modificada, no sentido de somente ser possível a sua legitimação quando houvesse uma justificativa especial da necessidade de proteção efetiva de determinado bem jurídico, cuja análise deveria ser vista caso a caso³⁰⁵.

Para fins de desenvolvimento do presente trabalho, a noção de bem jurídico ainda demonstra sua importância, sendo que a tomada de posicionamento se dá no sentido da aceitação da teoria do bem jurídico como critério material de limitação

---

³⁰³ GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, jan.-fev./2010. p. 181-182.

³⁰⁴ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 111. O autor ainda menciona que não considera os delitos de perigo inadmissíveis, mas estes precisariam de uma legitimação.

³⁰⁵ ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 454.

quando da incriminação de condutas, devendo no entanto ser completada por outros critérios, quando demonstre sua insuficiência, mas tão somente no sentido de limitar o Estado, nunca no sentido de ampliar o âmbito do exercício do *ius puniendi*. Muito mais do que fundamento de normas penais incriminadores, entende-se que o bem jurídico desempenha (ou deveria desempenhar, já que a inflação legislativa insiste em demonstrar empiricamente o contrário) uma função crítica de limitação.

4. TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA E A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA

No último capítulo deste trabalho, a proposta não é trabalhar com o tipo penal ou a doutrina da tipificação em específico³⁰⁶. Em verdade, a proposta é verificar quais seriam aqueles métodos, aquelas técnicas mais frequentes quando se trata do Direito Penal Econômico, bem como os eventuais conflitos com os princípios penais clássicos.

As especificidades do Direito Penal Econômico são muitas. Tiedemann, ao diferenciar o Direito Penal Geral e o Direito Penal Secundário, menciona algumas peculiaridades, tais como os problemas de causalidade na responsabilidade (penal) pelo produto, causalidade decorrente de decisões coletivas, a posição de garante do empresário e o dever de retirada do mercado de produtos defeituosos, tratamento da divisão do trabalho próprio da economia moderna a delegação de responsabilidades, a conservação do posto de trabalho como causa de justificação, o erro sobre a norma complementar de leis penais em branco etc.³⁰⁷. Como se vê, as diferenças permeiam todos os elementos do conceito de crime, sendo que para este trabalho importam as peculiaridades relativas ao tipo penal.

Tiedemann ainda ressalta que a chamada unidade da parte geral para todo o direito penal seria enganosa, não havendo qualquer primazia da parte geral sobre a parte especial. Segundo o autor, existem muitas diferenças na aplicação da parte geral a cada um dos campos da parte especial. O autor cita as causas de justificação, o tratamento do erro, regras de causalidade etc.³⁰⁸. Esta constatação é de suma importância para que se possa trabalhar com o direito penal econômico, que no tocante às técnicas de tipificação, de fato trabalha com características próprias, ou no mínimo exacerba algumas formas de tipificar condutas que eram realizadas de forma excepcional no direito penal clássico.

---

³⁰⁶ Um interessante estudo acerca da tipificação, considerada sobre um aspecto geral, pode ser encontrado em INACARATO, Márcio Antônio. **A doutrina da tipificação e sua extensibilidade**. Revista de informação legislativa, v.18, nº 70, p. 151-158, abr./jun. de 1981.

³⁰⁷ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 41.

³⁰⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 99-101.

Paulo Busato dedica parte de sua obra para analisar quais seriam as técnicas de tipificação peculiares do moderno Direito Penal, asseverando que em uma sociedade com interesses voláteis seria comum a utilização de técnicas de tipificação que apresentem certa vagueza, dando destaque para as normas penais em branco, elementos normativos do tipo e delitos de violação de dever (*Pflichtdelikte*)³⁰⁹.

Como ressalta Rios, o legislador não encontra maiores dificuldades quando precisa delimitar uma conduta e traçar sua objetividade jurídica ao tipificar um delito que tutele bens jurídicos individuais ou tradicionais. No entanto, esta facilidade não seria encontrada nos delitos econômicos, nos quais as condutas afetariam, em tese, toda uma coletividade, a exemplo da sonegação fiscal, delitos nos quais não haveria uma imediata percepção³¹⁰.

Para Heloisa Estellita, no processo de tipificação, caberia ao Direito Penal Econômico tutelar não as peculiaridades de determinada regulamentação econômica, mas sim as verdadeiras metas objetivadas³¹¹.

Considerando estas características, Rodrigo Rios menciona que as preferências das técnicas de tipificação seriam: **1)** tipos de perigo e; **2)** normas penais em branco³¹². Inclusive, mais adiante, complementando a ideia das normas penais em branco, o autor menciona, acerca das técnicas de tipificação, a utilização de elementos normativos, bem como a remessa do tipo à regulamentação jurídica extrapenal, em especial pelo fato de que “*os novos tipos penais têm seus pressupostos embasados em ilícitos já pertencentes à esfera administrativa, civil tributário, mercantil etc.*”. Importante ressaltar que para o autor não haveria ofensa à *ultima ratio*, nem tratar-se-ia de instrumento de política interna. No entanto, em razão das peculiaridades do direito penal econômico, dentro de uma ideia de uma nova estrutura de imputação, a dogmática jurídico-penal ainda deve se debruçar sobre temas como a co-autoria, o erro, a

---

³⁰⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 176.

³¹⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

³¹¹ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

³¹² RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 271 e 281. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2). O autor cita o exemplo da Lei 7.492/86, sobre os crimes contra o sistema financeiro, na qual todos os delitos seriam de perigo, salvo o crime previsto no art. 22.

criminalização da pessoa jurídica, posição de garantidor dos empresários diante de crimes comissivos por omissão etc.

Já Heloisa Estellita acrescenta às normas penais em branco e aos delitos de perigo (tanto concreto quanto abstrato) a utilização de elementos normativos, de cláusulas gerais e a supressão de qualificadores do elemento subjetivo do tipo.³¹³

Considerando tais características peculiares quanto à tipificação dos delitos econômicos, Heloisa Estellita menciona a flexibilização de princípios e garantias penais, como por exemplo a legalidade, o que aproxima a constatação da visão demonstrada por Jesus Maria Silva Sánchez em sua obra acerca da expansão do Direito Penal, quando o autor, analisando este fenômeno, diz que existe hoje uma tendência na legislação no sentido da introdução de novos tipos penais, bem como na agravamento dos já existentes. A criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios políticos-criminais de garantia demonstrariam esta tendência, a qual Jesus Maria Silva Sánchez denomina de expansão do direito penal³¹⁴.

É importante ressaltar que as técnicas de tipificação a serem apresentadas não são absolutamente novas, nem são aceitas por todos os doutrinadores. Quanto ao fato de não serem novas, a constatação não retira a importância da análise, pois o que ocorre com o moderno direito penal é a exacerbação destas técnicas, fato este que decorre, em grande parte, da característica de proteção de bens jurídicos supraindividuais. Além disso, há a discussão acerca da eventual ofensa a diversos princípios de direito penal. As discussões começam já no campo da função do direito penal de proteção de bens jurídicos e o princípio da lesividade, onde os crimes de perigo abstrato são questionados. Também o caráter subsidiário é bastante questionado quando se trata de normas penais em branco, na chamada administrativização do direito penal. As críticas vão além, passando pela taxatividade dos tipos penais, proporcionalidade, fragmentariedade etc.

---

³¹³ SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161-162. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

³¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2 ed., Civitas Ediciones, S. L., 2001. p. 20.

Paulo Busato é um dos autores que vê com ressalva a utilização das novas técnicas. O autor menciona que o moderno Direito Penal faz um uso indiscriminado delas, senão vejamos:

O chamado “Moderno Direito Penal” e suas técnicas de tipificação não se congratulam com os postulados de um Direito Penal Mínimo: os sintomas de perdas sistemáticas das garantias penais, as erosões do princípio da legalidade, a proliferação dos novos bens jurídicos, a utilização exagerada da técnica dos delitos de perigo abstrato e o uso indiscriminado da norma penal em branco evidenciam um Direito penal a pedido do consumidor³¹⁵.

A constatação do autor se aproxima daquela realizada por Jesus Maria Silva Sánchez, supramencionada. Este expansionismo resta por evidente na análise de Juliana Cabral, quando a pesquisadora verificou que entre 1942 e 1957 foram criados 100 (cem) tipos penais de dano, 14 (quatorze) tipos penais de perigo e 08 (oito) tipos penais híbridos. Já entre 1985 e 2000, foram 200 (duzentos) tipos penais de dano, 144 (cento e quarenta e quatro) tipos penais de perigo e 28 (vinte e oito) tipos penais híbridos³¹⁶.

Desta forma, a presente pesquisa agora busca fazer um recorte metodológico, no sentido de trabalhar com aquelas técnicas que seriam as mais utilizadas e mencionadas pela doutrina, em especial os delitos de perigo abstrato e as técnicas de reenvio. Por conta deste recorte, técnicas tradicionais serão propositadamente deixadas em segundo plano, a exemplo dos crimes de lesão e os crimes de perigo concreto.

4.1 UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA: A SOCIEDADE DE RISCOS, DESREFERENCIALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE CONSUMO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL

Os delitos de perigo abstrato e a intensificação do seu uso são melhores compreendidos a partir de um recorte sociológico, em especial tendo em vista o modelo social pós-industrial que, conforme ensina Ulrich Beck, pode ser caracterizado como uma sociedade do risco (Risikogesellschaft).

³¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 178.

³¹⁶ CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 200-206.

Com o incremento do risco na sociedade pós-moderna, condutas que representam um perigo ao bem jurídico, ainda que de forma abstrata, passam a ser alvo de tutela jurídico-penal. Neste contexto expansionista do direito penal, surgem os delitos de perigo abstrato, delitos por acumulação (alguns autores mencionam que o último seria espécie do primeiro) e as técnicas de reenvio.

Analisando o modelo social pós-industrial, este pode ser caracterizado como uma sociedade do risco (Risikogesellschaft). O momento histórico se dá no final do Século XX e início do Século XXI, em especial após a superação da revolução industrial e com a chegada da revolução tecnológica. Neste sentido, a contribuição de Ulrich Beck é ímpar, pois retrata todo o processo de criação de riscos após o fenômeno da globalização, marca do período pós-industrial.

Tudo isso deve ser compreendido dentro de um “*processo de homogeneidade de amplas dimensões da vida dos homens e dos povos*”³¹⁷, processo este chamado de globalização³¹⁸. Por meio deste processo, “*veio abaixo uma premissa essencial da primeira modernidade, a saber, a ideia de viver e atuar nos espaços fechados e reciprocamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais*”³¹⁹. Ainda, como consequência deste processo, surge a integração supranacional, cuja ideia central é a de formar um mercado comum de vários países, com livre tráfego de pessoas, capitais, serviços e mercadorias, com a consequente eliminação de barreiras tarifárias internas e outros obstáculos ao livre comércio³²⁰.

---

³¹⁷ MARTÍN, Luis Gracia. **Globalização econômica e direito penal**. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 135.

³¹⁸ Cumpre ressaltar que fala-se em internacionalização do Direito Penal na presente pesquisa, fundamentando este processo na globalização econômica. Logo, não há de se confundir os conceitos, já que, como orienta Silva Sánchez, a globalização econômica é como um salto qualitativo da internacionalização, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2 ed., Civitas Ediciones, S. L., 2001. p. 85. Ainda, segundo Abel Souto, são três as principais causas da globalização: “aceleração dos ritmos de abertura econômica e dos intercâmbios de mercadorias e serviços; a liberação dos mercados de capitais e a revolução das comunicações e da informática[...], cf. ABEL SOUTO, M. El blanqueo de dinero em la normativa internacional. Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, *apud* PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 348.

³¹⁹ BECK, Ulrich. ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Trad. Bernardo Moreno; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 40, *apud* MARTÍN, Luis Gracia. **Globalização econômica e direito penal**. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 138.

³²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2 ed., Civitas Ediciones, S. L., 2001. p. 86.

Percebe-se portanto que os riscos não são apenas relacionados ao meio ambiente, mas também com relação à atividade econômica dos Estados.

Não há dúvidas de que alguns riscos são implementados neste novo modelo (alguns outros são percebidos), sendo que Beck menciona, p. ex., que alguns riscos são gerados no nível mais avançado das forças produtivas, a exemplo de substâncias tóxicas no ar, água e alimentos, os quais podem produzir suas consequências a curto e longo prazo em plantas, animais e seres humanos³²¹. Como exemplo, é possível citar o caso da utilização do amianto pela indústria, cujos efeitos cancerígenos só foram (e serão) verificados décadas após o contato direto com a substância.

Não obstante, “*a teoria da sociedade de risco nasce, pois, com a percepção social dos riscos tecnológicos globais, refletindo a mudança da estrutura da sociedade e, ao mesmo tempo, o conhecimento da modernidade e de suas consequências*”³²². E neste sentido, diferentemente da sociedade industrial, busca-se a compatibilização dos riscos inerentes ao novo modelo com as expectativas da sociedade em termos de segurança. Surge então o contexto da gestão dos riscos e a discussão da função do direito penal como instrumento nesta nova realidade.

É justamente neste momento que as maiores dificuldades são encontradas, em especial pelas peculiaridades deste novo modelo, que, segundo Beck, seriam: 1) Não se trata de riscos espacial, temporal e socialmente limitados (quanto ao alcance dos afetados); 2) Não são imputáveis segundo regras de causalidade, culpabilidade e responsabilidade; 3) Não podem ser compensados nem assegurados³²³.

Conforme destaca Hilgendorf, embora estes riscos sejam de grandes dimensões (comparáveis a catástrofes naturais), decorrem de decisões dos homens, sendo que seriam domináveis, portanto. Desta forma, este autor verifica a possibilidade de se aplicar o Direito Penal como um meio apropriado no sentido da evitação destes

---

³²¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

³²² OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão penal e o direito de intervenção**. Artigo disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf [acesso em 20/02/2013].

³²³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999. p. 82.

riscos, chamando este fenômeno de Direito Penal do risco (*Risikostrafrecht*)³²⁴. E para que isto seja possível, o direito penal deveria ter a função de prevenção e controle das fontes de perigo, minimização dos riscos, com a troca de determinadas categorias jurídico-penais, ao que se chamaria de dogmática do risco.

Apenas a título de informação, é importante mencionar que alguns autores citam não só a sociedade de risco como fator que desencadeou estas propostas, mas também a erosão das normas sociais, senão vejamos:

A expansão do direito penal utiliza a técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato com frequência, visando dar uma resposta aos novos contextos de risco. Dentre as razões para a utilização dos crimes de perigo abstrato, Pierpaolo Bottini menciona as seguintes: **a)** alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos (a exemplo da exploração de energia nuclear); **b)** dificuldade de verificação dos cursos causais derivados da aplicação de novas tecnologias³²⁵; **c)** proteção de bens jurídicos coletivos, com a dificuldade na delimitação dos sujeitos passivos do crime (ex: tutela da ordem econômica, saúde pública etc.); **d)** novos contextos de risco interacional (ex: tráfego viário), que se baseiam em normas organizacionais que permitem a criação de expectativas sobre o comportamento de outrem³²⁶; **e)** enfrentamento de atos perigosos por acumulação (ex: evasão de divisas³²⁷), tema que será analisado adiante³²⁸.

³²⁴ HILGENDORF, E. *Gibt es ein "Strafrecht der RisikogeseUschaft? apud SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 82.

³²⁵ Conforme assevera Bottini, a “*transformação das relações interpessoais em relações de massa, em larga escala, desconecta os atores sociais do referente pessoal*”. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93.

³²⁶ Neste contexto, verificar Guaragni que, citando Giddens, menciona os sistemas peritos e os define como “*sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje*”. Cf. GUARAGNI, Fábio André. A função do direito penal e os “sistemas peritos”. In: GUARAGNI, Fábio André; CÂMARA, Luiz Antônio (Org.). **Crimes contra a ordem econômica - temas atuais de processo e direito penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, v. I, p. 72-87. Bottini menciona que neste contexto os delitos culposos também poderiam prestar auxílio na criação de normas organizacionais, no entanto teria o problema de exigir a ocorrência de um resultado naturalístico para permitir a incidência da tutela penal. Ainda, enquanto no delito culposo a técnica de tipificação se volta muito mais para a descrição do resultado, nos delitos de perigo abstrato, a técnica de tipificação descreve de forma mais precisa a conduta. Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

³²⁷ Art. 22 da Lei 7.492/86: Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País.

³²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91-98.

Essas novas preocupações enfrentadas pelo Direito Penal advêm não apenas dos desdobramentos da denominada de sociedade do risco, como também, e conseqüentemente, do fenômeno de “erosão das normas sociais”, relacionado no âmbito da sociologia jurídica alemã com a constatação da diminuição de padrões normativos específicos individuais, bem como daqueles correspondentes à própria estruturação do cotidiano, tornando a sociedade contemporânea menos confiável sob o ponto de vista de suas expectativas normativas. Tal fenômeno implica a crescente demanda para que o Estado assuma a proteção penal das normas debilitadas, levando inúmeras dificuldades³²⁹.

Esta característica também é notada por Fábio Guaragni, que identifica como recorte sociológico intensificadores do emprego de técnicas de reenvio a chamada desreferencialização e a sociedade de consumo. O autor menciona, neste contexto, a queda dos grandes enredos, que provocaria a “*perda de referências comuns ou desreferencialização, inclusive em relação À realidade, substituída por um universo mediatizado*”. Guaragni conclui, utilizando-se especialmente das obras de Baudrillard, Bauman e Giddens, que com o fim de algumas referências coletivas, não só houve uma exacerbação do individualismo, como também um “*vazio de pautas de valor*”. Já com relação à sociedade de consumo, em uma ética hedonista, que segundo o autor seria “*resultante da sociedade de consumo, capitaneada pela atividade corporativo-industrial, exige de todos os seres humanos uma meta de vida única: extrair do próprio corpo as mais extremas experiências que o bolso possa comprar*”³³⁰.

Com as duas constatações acima, Guaragni conclui que o corpo social acabou perdendo referências do que seria certo ou errado, sendo que com o incremento de novas técnicas, cada vez imperam incertezas. Este corpo social não teria condições de definir o que deve o direito penal proteger, exercendo o direito penal, junto com o direito administrativo sancionador, por meio do legislador e do administrador, esta tarefa de eleição de novos interesses de proteção. Neste contexto, as normas penais em branco e as remissões assumem fundamental destaque³³¹. A crítica realizada pelo autor será analisada quando do estudo das técnicas propriamente ditas.

³²⁹ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Principais Mudanças (e Polêmicas) Previstas no Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012)**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, ano XI, v. 76, pp. 09-25, out./nov. 2012.

³³⁰ GUARAGNI, Fábio André. **A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012. p. 40-43.

³³¹ GUARAGNI, Fábio André. **A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012. p. 43-44.

Como visto, os recortes sociológicos demonstram que em especial duas grandes técnicas de tipificação são mais utilizadas: a antecipação da tutela penal por meio dos crimes de perigo abstrato e a utilização das técnicas de reenvio.

4.2 DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

4.2.1 Conceito e características

É comum encontrar na literatura jurídico-penal a distinção entre os crimes de dano ou lesão (aqueles que exigem uma efetiva lesão do bem jurídico tutelado) e os crimes de perigo (nos quais haveria uma antecipação da tutela penal para um momento *ex ante*, sem que se exija efetivamente a lesão ao bem jurídico). Estes crimes de perigo, por sua vez, dividem-se em crimes de perigo concreto, que exigem uma comprovação de que o bem jurídico foi colocado em perigo, e os crimes de perigo abstrato, nos quais o perigo seria presumido.

Na definição de Bottini, o tipo de perigo abstrato seria a “*técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de resultado naturalístico*”³³². Nestes crimes são irrelevantes os efeitos exteriores, bastando a realização da conduta descrita e proibida pela norma penal. Logo, não há desvalor de resultado nestes crimes, mas sim desvalor de conduta.

Segundo Claus Roxin, nos delitos de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe que o objeto da ação realmente tenha sido posto em perigo no caso individual, sendo que o resultado só não foi produzido por mera causalidade. Já o delito de perigo abstrato seria aquele em que a perigosidade típica de uma ação é motivo suficiente para sua penalização, sem que no caso concreto a punibilidade dependa da produção de um perigo real³³³.

Assim, os crimes de perigo abstrato, em verdade, são aqueles crimes onde impera o desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado. Ao contrário, os

---

³³² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 87.

³³³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 407-408.

delitos de perigo concreto exigem tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado, sendo que exigem na própria descrição típica a necessidade da ocorrência do perigo (a exemplo de grande parte dos crimes contra a incolumidade pública, previstos no Código Penal Brasileiro). No entanto, esta visão será adiante colocada em xeque por autores que consideram os delitos de perigo abstrato como delitos de lesão.

Antes, cabe mencionar que dentre os termos utilizados para designar os delitos de perigo abstrato, é possível encontrar a denominação de “crimes de periculosidade”, “crimes de perigo presumido”, “crimes de perigo hipotético”, “crimes de perigo implícito” etc. Para Bottini, o termo perigo abstrato não seria o mais apropriado, defendendo o autor que o melhor seria utilizar o termo *perigo* para os tipos penais de perigo concreto e o termo *risco* ou *periculosidade* para o que são hoje comumente chamados de tipos de perigo abstrato. No entanto, partindo da nomenclatura mais usual, Bottini menciona que os crimes de perigo abstrato se subdividem em crimes de perigo abstrato puros (basta a mera realização formal da conduta) e crimes de perigo abstrato-concreto (além da prática da conduta, exigem um ambiente de perigo potencial, a exemplo do crime de cartel)³³⁴.

Tratando da utilização dos crimes de perigo abstrato, Cezar Roberto Bitencourt destaca que “*nesta criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo ao invés do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal*”³³⁵.

4.2.2 Teorias acerca dos delitos de perigo abstrato

Na análise das teorias acerca dos delitos de perigo abstrato, a principal meta é verificar se tais delitos podem ser considerados como delitos de lesão, delitos formais, delitos de periculosidade ou ainda se seria possível adotar alguma teoria mista. A

---

³³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 88-91. Com relação ao crime de cartel, verificar o art. Art. 4º, II da Lei 8.137/90, que diz: Constitui crime contra a ordem econômica: II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

³³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 11, jul-set., 1995, p. 126.

análise segue a proposta metodológica de Pierpaollo Bottini, utilizado como um dos grandes referenciais teóricos em específico neste momento da presente pesquisa.

Antes de adentrar nas principais teorias, no entanto, serão analisados três momentos que tiveram grande influência em toda a construção do delito: o positivismo, o neokantismo e o finalismo. A intenção é apenas verificar como se comportaria o crime de perigo abstrato dentro de cada uma destas vertentes, ainda que de forma resumida.

4.2.2.1 Influência do positivismo, neokantismo e finalismo nos delitos de perigo abstrato

A presente análise inicia pela doutrina de Binding, doutrina esta positivista. Dentro do conceito que era exposto pelo autor, a ação tipicamente relevante seria aquela descrita legalmente, cujo tipo penal seria meramente descritivo, sem qualquer referência a valores. Logo, o injusto estaria relacionado ao mero descumprimento da norma. Para Binding, haveria três categorias de normas penais: *a*) proibições de lesão (exigem o dano ao bem jurídico); *b*) proibições de perigo (vedam condutas perigosas, aproximando-se do perigo concreto e perigo abstrato-concreto, exigindo a periculosidade da conduta); *c*) infrações de polícia ou delitos de desobediência, técnica rechaçada por Binding (atos ilícitos em si, desvinculados de qualquer dano ou periculosidade da conduta, aproximando-se dos crimes de perigo abstrato)³³⁶.

Rabl, por sua vez, defende que o desvalor da ação não estaria no descumprimento da norma, mas sim no “*ataque material a interesses juridicamente protegidos*”. Para o autor, prevaleceria, portanto, o desvalor de resultado, com a diferença que nos crimes de perigo abstrato não precisaria ser demonstrado, admitindo, no entanto, prova em contrário. Bottini demonstra preocupação com a proposta por conta da desconsideração do princípio da presunção de inocência. Já Stubel entende que tratar-se-ia de crimes de lesão, pois o resultado lesivo não seria elemento do tipo, garantindo desta forma a integridade do bem jurídico quando condutas abalam o âmbito

---

³³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 99-100.

de disponibilidade destes, configurando assim uma “*lesão à ordem social estabelecida*”³³⁷.

Introduzindo o neokantismo elementos valorativos no direito penal, a tipicidade de uma conduta não dependeria unicamente do enquadramento legal, mas também de uma análise da sua materialidade sob o ponto de vista dos valores vigentes. Mezger, um dos representantes do Neokantismo, definia o perigo como a “*possibilidade imediata, a probabilidade cognitiva da produção de um acontecimento danoso*”. Assim, para a configuração de um delito de perigo abstrato, inicialmente deveria ser feita uma constatação empírica acerca da periculosidade da conduta, mas também deveria ser constatado um elemento normativo, no sentido da “*consideração dos valores vigentes no momento da prática do ato e a realidade envolvida*”. Com isso, conforme analisa Bottini, seria possível “*afastar o injusto do perigo abstrato nos casos em que o perigo genérico (a periculosidade) não se verifique*”³³⁸.

Considerando que o neokantismo sofreu críticas por se desvincular da realidade e por não apresentar um critério valorativo seguro, surgiu o finalismo dando ênfase nos elementos lógico-objetivos e ontológicos, dando à ação finalisticamente dirigida uma posição destacada como fundamento da tipicidade, sendo deslocados o dolo e a culpa da culpabilidade para o tipo subjetivo. Welzel, considerado o pai do finalismo, menciona que os crimes de perigo abstrato teriam como elemento objetivo a mera conduta, ou seja, os delitos de perigo abstrato seriam considerados meramente formais. Já Hirsch definiu os crimes de perigo abstrato em duas categorias: *a*) delitos de periculosidade abstrata (os tipos penais se baseariam em condutas arriscadas em geral); *b*) delitos de periculosidade concreta (o risco estaria relacionado apenas a algumas condutas específicas)³³⁹. Em ambos os casos, necessária seria uma verificação *ex ante* da conduta para confirmar se esta seria apta ou não a expor a perigo o bem jurídico.

Não obstante a diferença de entendimento acerca dos crimes de perigo abstrato a depender da teoria a ser adotada (positivista, neokantista ou finalista), cumpre ressaltar as posições modernas acerca do tema, que entendem os delitos de perigo

---

³³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 100-102.

³³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 102-104.

³³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 104-106.

abstrato como: *a)* delitos de lesão; *b)* delitos formais; *c)* delitos de periculosidade; *d)* teses dualistas.

4.2.2.2 Delitos de lesão

Os autores que trabalham com delitos de perigo abstrato como delitos de lesão adotam uma visão parecida com a de Stubel, com alguns aprimoramentos, conforme será visto.

Para Juarez Cirino dos Santos, os delitos de lesão seriam aqueles em que, de forma bastante simples, o tipo penal descreve uma lesão do objeto de proteção³⁴⁰.

Inicialmente, verifica-se que Kindhäuser, trabalhando com a visão de que seria a função do direito penal proteger bens jurídicos, defende que seria necessário não só proteger a integridade substancial dos bens jurídicos, mas também a disposição segura destes bens, de modo que mesmo um crime de perigo abstrato seria considerado um crime de resultado. Para o autor, haveria uma alteração do mundo exterior, na medida em que ocorreria um abalo no âmbito de disponibilidade do bem jurídico tutelado. Para o autor, o foco não deve ser o autor da ação, mas sim a vítima que tem o seu âmbito de disponibilidade do bem jurídico afetado. Bottini explica que para esta teoria o crime de perigo abstrato “*não seria um instrumento de antecipação da tutela penal, mas a própria reação estatal em razão da inobservância dos padrões mínimos de segurança, erigidos a bens jurídicos dignos de tutela penal passíveis de lesão*”³⁴¹.

Bottini ainda menciona dois autores (Paredes Castañon e Corcoy Bidasolo) que trabalham com a ideia de crime de perigo abstrato como delitos de lesão, partindo do pressuposto de que seria necessária a proteção de bens jurídicos transindividuais. Paredes Castañon, p. ex., menciona que em duas hipóteses estaria justificada a utilização de delitos de perigo abstrato: primeiramente quando houvesse a afetação de bens jurídicos intermediários. Os bens de titularidade coletiva podem ser fundamentais para a segurança de outros bens, de caráter individual (a exemplo do meio ambiente,

---

³⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed., rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 107.

³⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 107-108.

que de forma mediata tem relação com a vida e a saúde). A outra hipótese seria quando a conduta, por si só, gere uma “*perturbação sistêmica*”. Já Corcoy Bidasolo trabalha com uma perspectiva normativa, considerando o “*a proteção de um bem jurídico supraindividual e sua materialidade dependeria da comprovação, no caso concreto, de que estes bens foram colocados em perigo sob uma perspectiva ‘ex ante’ e efetivamente lesionados desde uma ótica ‘ex post’*”. Para Bidasolo, nos crimes de perigo concreto, se protegeria um bem jurídico coletivo e também, de forma imediata, um bem jurídico individual; já nos crimes de perigo abstrato se protegeria se forma imediata um bem jurídico supraindividual³⁴².

A crítica estabelecida por Bottini na consideração dos crimes de perigo abstrato como crimes de lesão estaria no próprio expansionismo penal, já que, pela determinação de bens jurídicos coletivos ou difusos (o autor trabalha como se sinônimos fossem) ficaria facilitada a “*caracterização de comportamentos típicos como lesivos, dada a abstração dos objetos de tutela*”. Para o autor, por conta dos novos contextos tecnológicos próprios da sociedade de risco, conceitos como segurança seriam em verdade decisões políticas, o que comprometeria o próprio conceito de bem jurídico, que necessita de características mais concretas para que possa exercer sua função de limitação material à repressão por parte do Estado. O autor critica a proteção da segurança ou outros bens jurídicos supraindividuais que não tenham referência com condutas concretas³⁴³. Em suma, a proposta dos crimes de perigo como verdadeiros crimes de lesão acaba por gerar uma grande abertura para o legislador, sem critérios claros e precisos para uma limitação.

---

³⁴² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 108-112.

³⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 110-111.

4.2.2.3 Delitos formais

Os delitos formais são aqueles em que bastaria a prática da mera conduta. São também chamados de delitos de simples atividade. Cirino dos Santos menciona que nestes delitos “*a realização da ação não produz resultado independente*”³⁴⁴.

A proposta talvez mais simples (mas não menos problemática) seja aquela que trata os delitos de perigo abstrato como delitos formais ou delitos de mera conduta. Bastaria para a configuração destes delitos a mera realização da ação descrita no tipo penal, independente da verificação da periculosidade efetiva destas condutas, ainda que sob uma perspectiva *ex ante*. Conforme alerta Bottini, esta técnica “*veda a possibilidade de afastar a tipicidade com a prova da concreta ausência de periculosidade da conduta*”, confundindo-se a periculosidade com a realização do tipo penal. Assim, para o autor, haveria um grande risco de ofensa ao princípio da culpabilidade individual e a exclusiva proteção de bens jurídicos³⁴⁵.

4.2.2.4 Delitos de periculosidade

Na busca por critérios seguros para a identificação e aplicação dos crimes de perigo abstrato, conforme alude Bottini, tal fim só seria possível por meio de elementos materiais que tragam a essa categoria de delito um conteúdo de injusto. Na busca por este elemento, várias foram as propostas, a exemplo de Volz, que apresenta o critério da “*assunção do risco pelo autor*”, sendo que a prática da conduta descrita no tipo seria geralmente perigosa, mas admitiria prova em contrário. Gallas, por sua vez, trabalhando com critérios finalistas e neokantianos, propõe a utilização da periculosidade para tratar do conteúdo do injusto, no sentido de que “*os delitos de perigo abstrato seriam, portanto, não crimes de desobediência, mas delitos de perigo possível, nos quais a*

---

³⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed., rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 107.

³⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111-113.

periculosidade seria apreciada sob uma ótica ex ante”. Ao contrário, nos delitos de perigo concreto “*a situação de perigo se apresenta ex post*”³⁴⁶.

4.2.2.5 Teorias mistas

Considerando o número bastante elevado de posições que defendem teses dualistas, a opção foi por traçar algumas características gerais dessas teses e trabalhar, em específico, com a posição de Roxin, num recorte metodológico necessário pela densidade e amplitude das discussões³⁴⁷.

Inicialmente, verifica-se que a criação das teses dualistas decorre da divisão ao início mencionada entre delitos de perigo abstrato e delitos de perigo abstrato-concreto. Algumas propostas, p. ex., dão soluções diversas a depender da categoria de bem jurídico a ser tutelado. Cramer exige a comprovação da nocividade da conduta no caso de crimes de perigo abstrato que afetem bens jurídicos individuais, mas afasta esta exigência quando os bens afetados são suprapessoais.

Roxin, em especial, reafirma a visão já defendida de que o Direito Penal estaria vinculado à proteção de bens jurídicos não somente quando há a efetiva lesão, mas mesmo quando estes são postos em perigo. Nos crimes de perigo abstrato, o desvalor da ação tem relação com a proteção de bens jurídicos, devendo a conduta proibida estar claramente descrita³⁴⁸.

O autor adota a teoria de Brehm e Horn para verificar que os delitos de perigo abstrato se aproximariam dos delitos culposos, com a diferença que representariam delitos culposos sem consequências, justificando-se a punibilidade pelo *perigo de resultado*, sem a necessidade de um *resultado de perigo*³⁴⁹. No entanto, mais adiante em seu manual, o autor menciona que no caso das chamadas *ações de massa* e nos delitos com *bens jurídicos difusos ou espiritualizados*, haveria a punibilidade ainda

---

³⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 113-116.

³⁴⁷ Para um aprofundamento acerca do tema, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 116-124.

³⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 60

³⁴⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 408

que estivesse totalmente excluída a colocação em perigo (o exemplo utilizado pelo autor é a condução de veículo automotor sob a influência de bebidas para a primeira hipótese e falso testemunho para a segunda). A justificativa se daria por razões de prevenção geral, chamadas pelo autor de didáticas³⁵⁰.

Bottini critica estas teorias pela falta de sistematização, bem como menciona que nos casos em que são afastadas as exigências de substrato material (ações em massa, bens jurídicos difusos etc.), haveria uma abertura para o exercício do *ius puniendi* mesmo quando a conduta não fosse sequer arriscada, ainda que sob uma perspectiva *ex ante*. Isso conferiria ao legislador uma ampla liberdade, sem que houvesse qualquer elemento crítico para limitar esta atividade expansionista³⁵¹.

4.2.3 Limites aos crimes de perigo abstrato: análise dogmática e principiológica

A proposta que parece mais adequada com os princípios limitadores do Direito Penal é justamente aquela que entende os delitos de perigo abstrato como delitos de periculosidade. Como visto, para todos os crimes seria exigida a comprovação do injusto material ou um resultado primário.

Esta proposta é defendida, dentre outros, por Jesus Maria Silva Sánchez, quando o autor critica o crime de perigo abstrato como crime de perigo presumido, estatístico. Para o autor, seria necessária uma comprovação da periculosidade da conduta³⁵².

Bottini também defende esta ideia, concluindo que:

Esta interpretação dota a dogmática de instrumentos para uma análise crítica da incidência dos tipos penais, em situações concretas, e permite ao intérprete flexibilizar as presunções legais para garantir o respeito aos limites constitucionais próprios de um Estado Democrático de Direito. A criação de um risco potencial de perigo ou lesão como critério para definição de condutas penalmente relevantes confere racionalidade à política criminal, e

³⁵⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 410-411.

³⁵¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 123-124.

³⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2 ed., Civitas Ediciones, S. L., 2001. p. 128.

impede a utilização arbitrária de mecanismos de repressão como método simbólico de pacificação social³⁵³.

Com relação à alegação de inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, alguns autores defendem a inconstitucionalidade destes delitos, por ofensa ao princípio da lesividade. A depender da concepção adotada, estes delitos não dependeriam de qualquer comprovação do perigo criado ao bem jurídico, afastando-se o tipo penal da sua função de proteção de bens jurídicos, portanto. Esta não é a posição de Bottini, para quem é possível compatibilizar o princípio da lesividade com o crime de perigo abstrato, desde que a conduta traga uma ameaça real ou potencial dos objetos de tutela³⁵⁴.

Esta discussão já foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), em específico na discussão do delito de porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Na ocasião, o STF entendeu que haveria um bem jurídico imediato (segurança pública) e mediato (vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo). Ainda, haveria “*interesse público e social na proscricção da conduta*” (aproximando aqui a argumentação daquela exibida quando da decisão acerca do incesto na Alemanha). Por fim, o STF entendeu que “ a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto”³⁵⁵.

Bottini confere legitimidade aos delitos de perigo abstrato, desde que estes estejam voltados “*à proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes para a dignidade humana, e for aplicada de modo a não violar esta mesma dignidade, respeitando os princípios de subsidiariedade, de fragmentariedade e de proporcionalidade*”³⁵⁶.

Considerando que os crimes de perigo abstrato normalmente tutelam bens jurídicos coletivos, Bottini entende que para a legitimação desta norma, os bens

---

³⁵³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

³⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 130.

³⁵⁵ HC 104410 / RS.

³⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 134.

jurídicos coletivos devem ser “*instrumentos intermediários de proteção de interesses individuais*”³⁵⁷.

Sternberg-Lieben analisa com ressalvas os delitos de perigo abstrato, pois segundo o autor a menor exigência de prova leva à construção de bens jurídicos mais ou menos genéricos, senão vejamos:

Quanto menos concreta seja a prova de um perigo que se considere necessária para autorizar a utilização do instrumental penal, tanto maior será a probabilidade de que se aleguem bens jurídicos mais ou menos gerais para justificar de forma aparentemente objetiva e racional uma proibição que não se orienta de modo principal à proteção de bens jurídicos concretos. Ao fazê-lo, se corre o risco de que o Direito penal seja utilizado de maneira espúria como uma ética coercitiva [*Zwangsethik*] criadora de valores, em lugar de instrumento de reforço de valores existentes [...]³⁵⁸.

Bottini critica a utilização do direito penal como mero reforço de regras administrativas, afirmando que com o critério de bem jurídico delimitado pelo referente individual seria possível questionar esta prática.

Analisando os princípios limitadores do direito penal, Bottini defende que não haveria ofensa à lesividade, princípio pelo qual não haverá a punição de conduta que não lesione ou coloque em risco o bem jurídico tutelado. O autor menciona que haveria duas formas de superar a discussão acerca da violação do princípio: a primeira seria entender que os crimes de perigo abstrato seriam delitos de lesão, o que geraria uma abertura muito grande ao legislador, já que qualquer conduta tipificada então representaria um crime de lesão. A outra forma seria por meio de uma releitura da própria lesividade, considerando não apenas os casos em que há efetiva exposição de um bem a lesão ou a perigo, mas também a “*desestabilização de expectativas da segurança dos bens tutelados diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo*”. O autor adota o entendimento de Faria Costa, para o qual haveria três níveis de lesividade: **a)** dano a determinado bem jurídico; **b)** colocação deste bem em perigo concreto; **c)** descrição minuciosa pelo legislados, da conduta proibida, relacionada a um bem jurídico concreto com dignidade penal. Conclui Bottini então que a lesividade em

³⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

³⁵⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 114.

delitos de perigo abstrato depende de dispositivos claros e taxativos, em como deverá o juiz, no momento de aplicação da norma, “*perquirir pela lesividade da conduta diante das circunstâncias concretas*”³⁵⁹.

Quanto ao caráter subsidiário do Direito Penal, este princípio estaria ligado à ideia de intervenção mínima do Direito Penal. Sendo o Direito Penal o meio mais gravoso pelo qual o Estado intervém na esfera individual do cidadão, deve este meio ser utilizado com extrema cautela e de modo subsidiário, ou seja, apenas quando todos os outros meios disponíveis no universo do Direito se mostrarem ineficazes ou insuficientes. Logo, é o Direito Penal a última opção do Estado no momento de conformar condutas, prevenindo-as e reprimindo-as. Justamente por este motivo, deve ser entendido como *ultima ratio*.

Quanto ao princípio da subsidiariedade e os crimes de perigo abstrato, entende-se que o direito penal tem um caráter subsidiário, pois apenas deve ser utilizado quando os outros ramos do direito se mostrarem insuficientes ou ineficazes. Trate de utilização do direito penal como *ultima ratio*. Neste contexto, Bottini afirma que a criação de crimes de perigo abstrato não ofenderiam a subsidiariedade, “*desde que a norma aponte para comportamentos arriscados para bens jurídicos tutelados, que não possam ser inibidos de maneira satisfatória por outros mecanismos de gestão de riscos*”³⁶⁰.

Tiedemann, por sua vez, já admite uma flexibilização do princípio, pelas particularidades do Direito Penal Econômico. O autor acredita, p. ex., que seria melhor a instituição do controle penal que um controle abrangente jurídico-administrativo. Descreve o autor que “*o estabelecimento de tipos penais isolados contra determinados comportamentos abusivos deveriam ser considerados como menos invasivos que a instalação de uma rede de controle abrangente constituída por mecanismos jurídico-administrativos*”³⁶¹.

---

³⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156.

³⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 158.

³⁶¹ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 70. Neste aspecto, o autor ainda cita um interessante caso ocorrido na Alemanha quando da discussão acerca do Direito Penal Informático, momento em que as indústrias preferiram uma legislação penal que uma rede de controle e informação.

Ao discutir o a questão do princípio da fragmentariedade do direito penal, deve-se ter em conta a necessidade de utilização restrita do Direito Penal, já que este ramo constitui a mais gravosa forma de intervenção do Estado. Logo, não seriam todos os bens jurídicos existentes que teriam relevância para o Direito Penal, mas somente parcela deles, restando aos demais bens jurídicos os outros ramos do Direito.

Neste aspecto, Tiedemann apresenta uma visão crítica ao caráter fragmentário do Direito Penal, pois segundo o autor o direito penal econômico, em razão da categoria e importância dos inúmeros bens jurídicos econômicos, não poderia cumprir o princípio integralmente. O Direito Penal Secundário ofereceria frequentemente uma proteção total, ainda que muitas vezes sem a utilização da pena privativa de liberdade, mas apenas a pena de multa. Para Tiedemann, esta característica seria consequência da própria técnica legislativa, já que, conforme assinala o autor, “*a proteção geral contra infrações a proibições e mandados jurídicos-econômicos é, sob uma perspectiva da teoria do direito, logicamente mais ampla que a descrição de cada uma das condutas proibidas*”³⁶². Finaliza o autor afirmando que o caráter fragmentário do Direito Penal não seria um pressuposto normativo.

Já Bottini, procedendo à análise deste princípio no contexto dos crimes de perigo abstrato, destaca que “*a ampliação excessiva de condutas criminalizadas, verificada na produção legislativa atual, banaliza a política criminal, enfraquece seu potencial de prevenção positiva e negativa*”. No entanto, em certos casos existem riscos não aceitos pela sociedade, que não maculam a ideia de fragmentariedade. Bottini cita o exemplo do manejo de energia nuclear e do sistema financeiro que, pela magnitude dos danos possíveis, justifica a tipificação da conduta e a utilização de normas de perigo abstrato.

Por fim, com relação ao princípio da proporcionalidade, Bottini afirma que “*a quantidade ou intensidade da pena deve observar a importância do bem ofendido e a gravidade do ataque perpetrado, sem o que não haverá o respeito à proporcionalidade*”³⁶³. Assim, dentro de uma graduação de pena, é possível verificar

---

³⁶² TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 70.

³⁶³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 160-161.

que as sanções dos delitos de perigo abstrato deveriam ser mais brandas que aquelas dos delitos de perigo concreto, justamente pela proximidade com o bem jurídico.

No entanto, há muita crítica a respeito da utilização dos delitos de perigo abstrato. Tiedemann menciona a crítica quanto à mera exposição a perigo do patrimônio, quando haveria uma antecipação em demasia da tutela penal, o que dificultaria uma legitimação político-criminal. Para rebater a crítica, o autor inicia mencionando que os bens jurídicos supraindividuais não são característica exclusiva do direito penal econômico, posto que já no direito penal clássico há a utilização de certos delitos que protegem tais bens que não são passíveis de individualização, a exemplo da administração da justiça e o delito de falso testemunho ou de alguns delitos contra a fé pública, que colocariam em perigo a atividade probatória. Em todos os casos, instituições estariam sendo protegidas. Quanto ao direito penal econômico, o autor menciona que:

este reconhecimento (também como instituição) é realizado pelo legislador (em matéria econômica) no Direito econômico e, seguindo este, no Direito Penal Econômico”, que, através de sua missão reitora, pode substituir o consenso social de valores, no sentido de uma desaprovação geral, sempre que se trate de bem-estar da comunidade ou de proteção direta de garantias constitucionais.

Tiedemann aponta algumas dificuldades para se trabalhar com a teoria do bem jurídico quando são utilizados os delitos de perigo abstrato. Isso pelo fato de que, segundo o autor, no caso de bens jurídicos coletivos, por vezes não seria possível abranger as deficiências dignas de sanção penal de forma racional e constitucional, suficientemente precisa, de modo que devem ser descritas condutas concretas ou deveres. O autor prossegue no sentido de que a teoria do bem jurídico poderia ser insuficiente, pelo fato de que o bem jurídico protegido nem sempre será correspondente imediatamente com o objeto da conduta ou com a vítima concreta. Finaliza o autor citando Appel, no sentido de que a teoria penal do bem jurídico teria perdido sua relevância como limite da punibilidade, dando lugar a disposições constitucionais materiais³⁶⁴.

---

³⁶⁴ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 67.

4.2.4 Da distinção de Hirsch e Wohlers – crimes preparatórios, crimes de perigosidade concreta e crimes cumulativos

Hirsch e Wohlers mencionam que a distinção mais comumente encontrada na doutrina jurídico-penal acerca dos delitos apresenta apenas duas categorias: delitos de lesão e delitos de perigo. Dentro desta última categoria, haveria uma subdivisão em delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato. Em verdade, foi essa a distinção adotada até o presente momento. No entanto, a proposta dos mencionados autores seria no sentido de que os delitos de perigo abstrato agrupariam todos os delitos que não fossem de lesão ou de perigo concreto. Assim, prosseguem na explicação afirmando que os delitos de perigo abstrato englobariam os delitos preparatórios; delitos cumulativos e os delitos de perigosidade concreta. Ainda, os autores defendem outras formas de legitimação de tais delitos, por acreditarem ser o conceito de bem jurídico insuficiente³⁶⁵.

Com relação aos delitos preparatórios, na visão dos autores, estes seriam representados por aquelas “*condutas cujo potencial de risco consiste em que a própria pessoa que atuou ou outra pessoa podem se aproveitar do resultado da conduta prévia em questão*”. Dentre as justificativas para a legitimação da punição, os autores trabalham com o princípio da confiança. Como exemplo, mencionam o caso da posse de arma de fogo, que guarda paralelo no nosso ordenamento jurídico, na Lei 10.826/2003, em seu art. 12³⁶⁶.

Já os delitos de perigosidade concreta (não confundir com delitos de *perigo* concreto), seriam aqueles nos quais a “*perigosidade da conduta reside no fato de que esta conduz a situações que não são controláveis pelo autor*”. O exemplo mencionado pelos autores é do sujeito que dirige embriagado³⁶⁷.

---

³⁶⁵ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 288-289.

³⁶⁶ Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

³⁶⁷ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**.

Por fim, os delitos cumulativos seriam aqueles em que as “*condutas, por si só, não podem ofender, ao menos de modo relevante, um interesse protegido juridicamente, porém unidas a outras condutas realizadas na mesma direção podem conduzir à ofensa*”. Tal hipótese seria mais comum nos delitos de proteção de interesses supraindividuais ou coletivos, sendo mencionado como exemplo a proteção a instituições estatais ou funções sociais. Para legitimar a conduta, os autores citam o dever de cooperação (*duty of cooperation*), no sentido de que todos teriam a obrigação de proteger interesses coletivos³⁶⁸.

A primeira manifestação no sentido de tutela dos delitos por acumulação surge com Joel Feinberg em 1984, na obra “*The Moral Limits of the Criminal Law*”, na qual o autor aborda a questão de condutas individuais insignificantes ao direito penal, mas que replicadas por um número maior de pessoas, poderiam gerar danos significativos a determinados bens jurídicos. A perspectiva adotada pelo autor é: e se todo mundo o fizesse? (*What if everybody did it?*).

A lógica apresentada por Feinberg apresenta fundamental relevância quando o objeto de estudo são os crimes ambientais ou econômicos. Basta imaginar, p. ex., um crime relacionado à poluição do meio ambiente, no qual, normalmente condutas individuais são praticamente insignificantes, mas repetidas várias vezes podem provocar danos incomensuráveis. O mesmo pode ser dito com relação à evasão de divisas.

Em síntese, o que se pretende com a antecipação da tutela penal é a intervenção penal momentos antes da própria lesão a um bem jurídico. Esta tendência é exacerbada nas décadas de 50 e 60, sendo que é marcada por duas grandes tendências: 1) O fenômeno terrorista, que exige como resposta a intervenção cada vez mais antecipada, desde os atos preparatórios; 2) O desenvolvimento tecnológico e industrial, gerando novas ameaças e novas fontes de perigo (a exemplo da energia nuclear e da

---

¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 289-290.

³⁶⁸ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 289.

contaminação industrial), as quais possuem grande potencial lesivo e são de difícil controle, exigindo também uma antecipação da tutela penal, portanto³⁶⁹.

Havendo este incremento na legislação penal dos delitos de perigo abstrato, é possível verificar que estes são bastante utilizados em delitos econômicos, delitos ambientais, delitos relacionados ao tráfico de drogas etc.

Grande parte destes delitos visa tutelar bens jurídicos supraindividuais. Por sinal, a construção destes delitos de perigo abstrato encontra guarida no caráter difuso e impreciso do objeto de tutela, bem como pela dificuldade na comprovação da lesão ou do perigo daqueles bens jurídicos³⁷⁰.

Nesta perspectiva, Lothar Kuhlen, em 1986, cunha esta categoria como delitos por acumulação (*Kumulationsdelikte*), como sendo justamente aquelas condutas que individualmente seriam inócuas e inofensivas, porém por conta do perigo da sua repetição, passam a ser consideradas relevantes. Neste sentido, Kuhlen, p. ex. defende que é legítimo e efetivo um direito penal que seja dotado não apenas de instrumentos que classifica como clássicos (delitos de perigo abstrato), mas também de novos critérios de antecipação.

Os delitos de acumulação, a exemplo dos delitos de perigo concreto, não exigem a efetiva lesão a qualquer bem jurídico. Neste caso, em verdade, a conduta individual não pode nem ao menos ser considerada perigosa ao bem jurídico. O que se tornaria perigoso seria a reiteração da conduta por um conjunto de pessoas.

Ao tratar dos delitos de acumulação, Kuhlen inicia a análise com a discussão acerca da proteção do bem jurídico ambiental. Para tanto, demonstra algumas teorias no âmbito dos bens jurídicos ecológicos, em especial a ecocêntrica (proteção da natureza por si própria); antropocêntrica (homem como centro de todas as coisas) e eco-antropocêntrica (uma mesclagem de ambas as teorias anteriores). O autor conclui que a visão mais acertada é a última, eco-antropocêntrica, sendo que os bens ambientais deveriam receber a tutela por suas características inatas, mas também pela utilidade aos homens e gerações futuras. Não obstante, também com relação à importância da relação

---

³⁶⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid : Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999. p. 35-36.

³⁷⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid : Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999. p. 38.

entre ação e bem jurídico, é interessante notar que, ao contrário das críticas acerca da ofensa ao princípio lesividade do bem jurídico, a proposta de Kuhlen, em certos momentos, leva sim em consideração o perigo de lesão, senão vejamos:

Seguindo a hipótese inicial de que uma pessoa despeja seu esgoto em um rio, mas que quando verificado que tal ato foi praticado de forma isolada, não sendo verificadas hipóteses de um grande número de pessoas o pratiquem, caso não haja sanção penal, caberia, então, mera pena administrativa para esse indivíduo, sendo tal medida de tamanho eficaz e adequada para que seja evitada a repetição do mesmo. Já aquelas ações que quando não tipificadas seriam provavelmente repetidas por um grande número de agentes, causando então risco ao ambiente, deveriam ser albergadas pela tutela do direito penal, visto que apresentariam maior perigo para os bens jurídicos ambientais³⁷¹.

Da análise da hipótese acima, percebe-se que não basta apenas uma previsibilidade hipotética de cumulação de condutas, mas sim uma cumulação realista. É o que diz Jesus Maria Silva Sánchez, senão vejamos:

Es importante, para la exacta comprensión de su punto de vista, poner de relieve que, en la concepción de KUHLEN - tal como manifiesta en su réplica a las críticas habidas - la acumulación no aparece como un elemento hipotético de los “Kumulationsdelikte”, sino que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización actual o inminente de hechos similares por una múltiple pluralidad de sujetos)³⁷².

Não bastasse a crítica acerca da ofensa ao princípio da lesividade, alguns autores afirmam que também o princípio da culpabilidade seria ofendido quando da criação e eventual responsabilização de alguém por um delito por acumulação. Isso pelo fundamento de que, embora a culpabilidade deva sempre ser pessoal, na ótica dos delitos por acumulação, estar-se-ia punindo o sujeito por atos de terceiros. Em outras palavras, há o risco de se instrumentalizar o ser humano, que passa a ser objeto da sanção penal para servir de exemplo e desencorajar a prática de determinada conduta por outras pessoas.

---

³⁷¹ COSTA, Lauren Loranda Silva. **Os Crimes de Acumulação no Direito Penal Ambiental**. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/lauren_costa.pdf
[Acesso em 20/02/2013].

³⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2 ed., Civitas Ediciones, S. L., 2001. p. 129.

Há quem critique ainda os delitos por acumulação sob o fundamento de que estes estariam sendo utilizados em situações onde há grandes riscos, no entanto estes seriam problemas sistêmicos e não de uma ação individual.

Jesus Maria Silva Sánchez é um dos críticos da expansão do direito penal por meio dos delitos por acumulação, em especial com relação à proporcionalidade da pena. Isso pelo fato de que a pena não é distribuída pelo conjunto de contribuições individuais, mas sim atribuída a cada sujeito em separado. Ao final, o indivíduo terá uma pena que não reflete apenas seu ato, mas sim o ato de terceiros que, por acaso, poderiam repetir aquela conduta. Para o autor, estas condutas deveriam ser no máximo contempladas como infrações administrativas. Não se poderia admitir que tais condutas possam impor a aplicação de penas privativas de liberdade³⁷³.

Cabe ainda destacar a crítica de Sternberg-Lieben, para o qual a imoralidade de comportamento do *free rider* (o autor chama-o de parasita) não implicaria em prejuízo para qualquer condição de desenvolvimento pessoal que pudesse legitimar esta técnica de tipificação. Já que haveria a ausência de desvalor de resultado na conduta do agente, bem como de desvalor de conduta, no máximo seria possível ser utilizado o direito administrativo para punir determinada conduta³⁷⁴.

Por fim, Bottini retira qualquer legitimidade destes delitos, por considerar que a incidência do direito penal em condutas que não trazem qualquer risco ao bem jurídico ofenderiam a ideia de fragmentariedade e implicariam na banalização do direito penal³⁷⁵.

---

³⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2 ed., Civitas Ediciones, S. L., 2001. p. 113-114.

³⁷⁴ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 116. No entanto, conforme mencionado pelo próprio Sternberg-Lieben, Wohlers (*Delikstypen des Präventionstrafrechts*, 2000. p. 321) entende que haveria sim o desvalor de conduta, pelo dever do indivíduo em colaborar com a manutenção dos bens coletivos.

³⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 160.

4.3 TÉCNICAS DE REENVIO

No direito penal econômico é bastante comum (e necessária) a utilização de técnicas de reenvio, fazendo a norma penal remissões principalmente ao Direito Administrativo, em especial no tocante a decretos, portarias, licenças, permissões e autorizações. Assim, assumiria o direito penal, nas palavras de Luís Greco, um papel “*flanqueador, acessório, subsidiário*”³⁷⁶. Tal característica é notável no Direito Penal Ambiental, mas também muito utilizada no Direito Penal Econômico, sendo que os crimes ambientais, muitas vezes, nada mais são do que externalidades da atividade econômica, como já desenvolvido no primeiro capítulo.

Figueiredo Dias e Klaus Tiedemann também teriam notado esta característica, a ponto de chamarem o Direito Penal Econômico de Direito Penal Secundário ou Direito Penal Acessório. Este caráter de acessoriedade é asseverado por Tiedemann, quando o autor indica que grande parte das normas de Direito Penal Econômico dependeriam de regulações extrapenais, a exemplo das regras de Direito Econômico. Assim, muitas vezes as próprias regras de proibições estariam em normas de conduta de leis extrapenais, em tipos penais e sancionadores administrativos, o que inclusive caracterizaria este ramo do direito e influenciaria a técnica legislativa³⁷⁷.

Neste capítulo, ao tratar das técnicas de reenvio, serão analisadas as duas formas mais comuns: *a)* norma penal em branco; *b)* elementos normativos do tipo. O que ocorre é que com a utilização destas técnicas, cada vez mais o Direito Penal vai se tornando um braço do Direito Administrativo sancionador, ressaltando assim uma fenômeno que alguns autores passaram a chamar de administrativização do direito penal. Mas é necessário fazer uma ressalva para outras técnicas de reenvio mencionadas por Guaragni, a exemplo dos tipos abertos, que seriam definidos pelo autor como a técnica por meio da qual “*para incriminação mediante tipos ativos ou omissivos culposos, evocam inúmeras vezes quebras de regramentos ou normas acautelatórias de*

---

³⁷⁶ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 209-210.

³⁷⁷ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 35 e 37. No entanto, é certo que também há normas incriminadoras autônomas, a exemplo da lavagem de dinheiro, conforme ressalva o próprio Tiedemann.

caráter administrativo, para as quais o direito penal volta sua atenção, tanto quanto mais administrativizado se torna”³⁷⁸.

Deste modo, a estruturação proposta consiste em primeiro trabalhar com esta característica (administrativização), para depois passar ao conceito das técnicas de reenvio e trabalhar com a legitimidade das mesmas, analisando algumas hipóteses propostas pela doutrina.

4.3.1 Da administrativização do direito penal

Considerando a proposta de iniciar o estudo das técnicas de reenvio analisando o fenômeno da administrativização do direito penal, assume fundamental importância revelar em que consiste esta ideia. Fabio Guaragni aborda o tema quando questiona a intensificação do uso das técnicas de reenvio por conta de recortes sociológicos já mencionados, ainda que brevemente, nesta pesquisa. Para o autor, a administrativização do direito penal poderia ser entendida como a *“utilização do direito penal, pelo Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades enquanto instância executiva, provedora de administração pública e gerenciadora de inúmeros âmbitos sociais”*. O direito penal, neste contexto, é *“invocado para auxiliar o Estado no controle – sobretudo – de parcelas da vida social ligadas à economia e ao meio ambiente”*³⁷⁹.

Por conta deste papel desempenhado pelo Direito Penal, Greco menciona que a acessoriedade administrativa seria a dependência que teria o direito penal com relação ao direito administrativo, sendo que seria possível dividir a acessoriedade em três aspectos quais sejam: **a)** acessoriedade conceitual, ou seja, a necessidade da lei penal “emprestar” conceitos do próprio direito administrativo; **b)** acessoriedade ao ato

³⁷⁸ GUARAGNI, Fábio André. **A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012. p. 39-40. Além da técnica mencionada, Guaragni cita ainda as remissões a atos administrativos concretos, que nesta pesquisa serão vistos como espécie das normas penais em branco.

³⁷⁹ GUARAGNI, Fábio André. **A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012. p. 36-37. Guaragni imputa esta característica, em grande parte, ao fenômeno do neoliberalismo, que fez com que houvesse um enfraquecimento do Estado enquanto agência de poder, assumindo então o papel de gerenciamento de atividades que antes eram suas e depois foram passadas ao particular. Ocorre que o Direito Administrativo se mostrou insuficiente para este papel de gerenciamento e controle, assumindo o Direito Penal uma função de fortalecimento do gerenciamento e controle.

administrativo (individual), que seriam aquelas hipóteses nas quais a norma penal estabelece uma remissão não a um conceito administrativo, mas sim a um ato administrativo, a exemplo das licenças, permissões e autorizações; *c*) acessoriedade ao direito administrativo (ato administrativo geral), casos em que a remissão seria a uma norma administrativa, consubstanciada em lei ou ato normativo, tais como decretos, resoluções e portarias³⁸⁰.

Neste contexto, a utilização da técnica das normas penais em branco é bastante corriqueira quando se trata do Direito Penal Econômico e, conforme alude Fábio André Guaragni, trata-se de uma técnica de reenvio decorrente de um “*panorama político-criminal que administrativiza o direito penal*”. No entanto, esta prática traz algumas preocupações, a exemplo de eventual ofensa ao princípio da intervenção mínima, em que deixaria o direito penal de ser um ramo subsidiário para constituir verdadeiro ramo acessório do Direito Administrativo³⁸¹. Não é só. Há também o perigo de o Estado passar a empregar o Direito Penal para si, e não para a proteção individual ou coletiva das vítimas³⁸². Por fim, o autor ainda traz as seguintes preocupações:

a) o questionamento da autoridade que integra o branco, eis que o princípio da reserva legal, em princípio, remete exclusivamente ao Poder Legislativo a posição de fonte de produção de norma penal; b) as consequências em tema de sucessão de leis, enquanto desdobramento da reserva legal (*lex praevia* e retroatividade da *lex mitior*); c) impactos quanto ao princípio da taxatividade da norma (*lex certa*), enquanto vertente do princípio da reserva legal³⁸³.

Bottini trata do tema das normas penais em branco no contexto da administrativização do direito penal, mencionando que tais normas teriam por características trazer tipos penais incompletos. O autor menciona a seguinte distinção ao

³⁸⁰ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 213-214.

³⁸¹ GUARAGNI, Fábio André. **Crítérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf [acesso em 22.01.2014].

³⁸² GUARAGNI, Fábio André. **A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012. p. 38-39.

³⁸³ GUARAGNI, Fábio André. **Crítérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf [acesso em 22.01.2014].

trabalhar com as normas penais em branco: *a*) remissão direcionada a outra lei (normas penais em branco em sentido amplo); *b*) atos normativos elaborados no âmbito administrativo (normas penais em branco em sentido estrito). A última hipótese, segundo o autor, seria recorrente inclusive nos crimes de perigo abstrato, havendo aqui uma correlação entre as duas técnicas. A utilização das normas em branco decorreriam da complexidade das novas atividades de dos novos riscos, exigindo assim a remessa a poderes regulamentares mais flexíveis. Para o autor, não haveria ofensa à taxatividade, desde que o tipo penal descreva a conduta e o bem jurídico protegido de maneira completa. No entanto, o autor não admite a hipótese da norma em branco que remete à administração pública o estabelecimento da descrição típica em si³⁸⁴.

4.3.2 Das normas penais em branco

4.3.2.1 Conceito e distinção das normas penais em branco em sentido amplo e em sentido estrito

A chamada lei ou norma penal em branco (*Blankettstrafgesetze / Blankettstrafnormen*) seria uma técnica de tipificação bastante utilizada no Direito Penal Econômico. Trata-se, em verdade, de técnica que permitem uma maior abertura dos tipos penais, considerando a complexidade da vida econômica.

Conforme alude Busato, tais normas teriam surgido na Alemanha, com a obra de Karl Binding, “*Die Normen und ihrer Übertretung*”, e traziam em seu bojo a “*autorização de um órgão legislativo superior para que outro inferior pudesse completar sua prolação legislativa*”. Já Edmund Mezger teria ampliado o conceito, permitindo que a complementação ocorresse pela própria lei, por legislação distinta mas de mesmo nível legislativo que aquela a que completa ou, por fim, em lei diferente de nível superior ou inferior à lei penal complementada³⁸⁵.

Foi neste momento que começou a ser diferenciada a normas penal em branco em sentido estrito e em sentido amplo.

---

³⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 152.

³⁸⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 178.

Mezger tratava das *normas penais em branco em sentido estrito* como sendo aquelas cujo complemento ocorreria em nível hierárquico inferior³⁸⁶, ao passo que Klaus Tiedemann entende que a *norma penal em branco em sentido estrito* não seria outra senão aquela que permite que uma outra instância, distinta à do legislador, preencha a parte aberta do tipo penal (remissão externa). Guaragni menciona que a norma penal em sentido amplo também pode ser chamada de norma penal em branco “*de complementação, homogênea, homóloga ou imprópria*”. Já a norma penal em branco sem sentido estrito é também chamada de “*heterogênea, heteróloga ou própria*”³⁸⁷.

Já para Tiedemann as *normas penais em sentido amplo* são aquelas normas que trazem a possibilidade de remissões a atos de uma mesma instância que estabelece a norma³⁸⁸, conceito próximo ao de Mezger, que menciona que nestas hipóteses o complemento poderia ocorrer pela mesma norma, bem como em outra norma do mesmo nível hierárquico³⁸⁹.

Outras fórmulas buscariam delimitar as normas penais em branco, sendo que Busato menciona aquela oferecida por Santiago Mir Puig, para o qual “*fala-se de ‘leis penais em branco’ para referir a certos preceitos penais principais que, excepcionalmente, não expressam completamente os elementos específicos do preceito da norma secundária, remetendo a outros preceitos ou autoridade para que completem a determinação daqueles elementos*”³⁹⁰.

³⁸⁶ MEZGER, Edmund. *Strafrecht*, ein *Lehrbuch*. 2 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1933. p. 196, *apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179. O exemplo dado pelo autor seria o artigo 33 da Lei n.º 11.343 de 2006, que faz uma remessa ao art. 66 da mesma lei, o qual remete, por sua vez, a portarias da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

³⁸⁷ GUARAGNI, Fábio André. **Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf [acesso em 22.01.2014]. Ainda no campo da nomenclatura, Guaragni chama de específica a norma que faz a remessa por meio de uma clara identificação (mencionando o artigo de lei, p. ex.) ou de genérica quando não há esta identificação. Por fim, quando uma norma penal em branco remeta e uma norma e esta faça uma remissão a uma terceira, tratar-se-ia de norma penal em branco de remissão sucessiva ou em segundo grau.

³⁸⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 102.

³⁸⁹ MEZGER, Edmund. *Strafrecht*, ein *Lehrbuch*. 2 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1933. p. 196, *apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179. Como exemplo, Busato menciona o caso do art. 302 da Lei n.º 9.503 de 1997, que só seria compreendido mediante a remessa ao art. 121, § 3.º do Código Penal.

³⁹⁰ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal Parte General**. 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998. p. 33, *apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 180.

As normas penais em sentido amplo comporiam quase todos os tipos penais econômicos, já que as prescrições são normalmente extrapenais, em especial tratadas direito econômico.

Tais normas permitem que exista mais flexibilidade, em especial em situações que possam mudar com certa frequência, não sendo possível suprir as necessidades por meio do processo legislativo tradicional. Como exemplo, é possível mencionar a legislação de drogas, que remete a definição das substâncias proibidas a listagem a ser elaborada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Esta técnica de tipificação teria uma dupla utilidade político criminal, pois permitiria a remissão a complementos mais flexíveis, como dito anteriormente, bem como, na visão de Guaragni, atende ao critério dos chamados “sistemas peritos”, quando, via de regra, o Poder Legislativo necessita de conhecimentos técnicos que só seriam encontrados no âmbito do Poder Executivo. A autor destaca que:

numa sociedade detentora de conhecimentos técnicos profundos, montada sobre o avanço tecnológico produzido pelo cogitio e pela Revolução Industrial, na qual um homem “especialista” passa a vida estudando, v.g., um concreto fenômeno da física, o conhecimento técnico é absolutamente necessário para a edição de normas penais tangentes às áreas da vida mais sofisticadas³⁹¹.

Como assevera Tiedemann, é certo que esta técnica também é utilizada no direito penal clássico. A diferença reside no fato de que no Direito Penal econômico o emprego de leis abertas ou em branco não seriam somente frequentes, seriam verdadeiramente típicas. O autor diz que há uma justificativa histórica para tal característica: o direito penal econômico teria surgido para períodos de emergências e crises, sendo que o tipo penal aberto permite que a administração tenha mais autonomia segundo as condições necessárias, o que só seria possível se a lei penal apresentasse condutas de forma muito abstrata.

---

³⁹¹ GUARAGNI, Fábio André. **Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras.** Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf [acesso em 22.01.2014]. O autor conclui que “Fica claro que: a) a autêntica norma penal em branco carrega a pretensão de dar voz aos especialistas, sobre matérias que exigem conhecimentos intrincados, de caráter financeiro, macroeconômico, ambiental, médico, de engenharias, etc.; b) estes estão no Poder Executivo, bem como em órgãos da administração pública indireta (em especial, as agências reguladoras); c) assim, há uma espécie de apelo à fonte *material* de complemento da norma em branco, para além da formal, quando se examina a *ratio* político-criminal da categoria em questão”.

A grande discussão existente diz respeito à legitimidade na utilização das normas penais em branco. Em verdade, quando ocorre uma remissão dentro da própria lei ou em face de outra lei com o mesmo nível hierárquico, não haveria discussão acerca da legitimidade, posto que estaria respeitado o princípio da reserva legal.

No entanto, quando há a remissão para uma norma complementar de nível hierárquico inferior é discutida a eventual violação do princípio da reserva legal, posto que, conforme descreve Busato, poderia “*conceder-se competência legislativa a instâncias administrativas, burlando, em princípio, a faculdade exclusiva de que goza o legislador para produzir normas penais*”³⁹².

Além da discussão com relação à reserva legal, ainda há um embate acerca da violação do princípio da taxatividade, já que as normas penais poderiam se tornar instáveis. Os motivos, na visão de Busato, seriam os seguintes: *a*) com a remissão à instância extrapenal, a interpretação da norma ocorreria por meio da “*operação com conceitos e conteúdos de difícil compreensão*”; *b*) pelo princípio da legalidade, tanto a definição de delitos quanto a definição das penas só pode ocorrer por meio de lei em sentido estrito, sendo que com as normas penais em branco a descrição do fato poderia depender da vontade da administração; *c*) o princípio da taxatividade implica em um princípio de certeza, ambos variando da própria legalidade, o que seria comprometido quando a lei encontra regulação complementar na administração³⁹³.

Por outro lado, Busato menciona que por questões de política criminal seria possível legitimar as normas penais em branco, em especial por conta do reconhecimento das relações sociais fluidas. Tanto é assim, que grande parte da doutrina aceita a utilização das normas penais em branco, desde que sejam afastados os abusos. Ainda que se utilize a técnica de reenvio, deve esta técnica ser pautada pelo critério da subsidiariedade do direito penal, bem como na integração da norma penal e da norma administrativa deve haver sempre a ligação com a proteção ao bem jurídico³⁹⁴.

---

³⁹² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181.

³⁹³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181-182.

³⁹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 183.

4.3.2.2 Da legitimidade das normas penais em branco nos casos em concreto

Tendo em vista esta técnica de reenvio, surgiram problemas de caráter político e jurídico, que serão explicitados adiante. Com relação aos problemas políticos, estes seriam representados na tensão que existiria entre o direito penal pautado pelo princípio da legalidade e da taxatividade e o direito administrativo, aberto a critérios como oportunidade e discricionariedade³⁹⁵.

Não obstante, os maiores problemas, conforme elucida Greco, seriam jurídicos.

Primeiramente, com relação à legalidade, como já mencionado, que constitui também um problema político. Parte da doutrina menciona que a técnica de remissão seria inconstitucional, por violar o princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal. Tal posicionamento seria exacerbado ao se tratar de hipótese de acessoriedade conceitual (caso o conceito seja determinado por ato administrativo infra-legal ou concreto), acessoriedade ao ato administrativo individual e de acessoriedade ao direito administrativo geral, quando a norma administrativa não fosse lei federal. Segundo Greco, “apenas nas hipóteses em que a dependência do direito penal diz respeito a direito administrativo legislado (federal) inexistem problemas no que se refere à compatibilidade com o princípio *nullum crimen*”³⁹⁶.

Prossegue Greco no sentido de que a visão majoritária (e o autor trabalha essencialmente com a doutrina alemã) entende que haveria a legalidade das técnicas de remissão, desde que o *núcleo fundamental* de determinada proibição fosse fixado pelo próprio legislador, o que, no entanto, não escapa de uma crítica pela indeterminação. Conforme alude Greco, a legalidade não seria um mandado de otimização, mas uma verdadeira barreira deontológica. Logo, não seria possível a ponderação. Trata-se, em verdade, de regra. Greco, no entanto, propõe uma solução diversa. O autor trabalha com o conceito de imputação objetiva e conclui que somente não seria legítima a remissão

---

³⁹⁵ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 210.

³⁹⁶ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 216-217.

expressa ao direito administrativo quando “*ela nada mais faça do que concretizar o que é exatamente o risco permitido em determinado dispositivo*”³⁹⁷.

Guaragni, neste aspecto, menciona que o limite seria que o legislador não pode renunciar ao “núcleo duro” do tipo penal, em específico o verbo do tipo penal, bem como só o legislador pode definir *o que* precisa de complemento. Por fim, a instância complementadora deve ter “*a atribuição in genere de expedir regulação extrapenal sobre a mesma matéria sobre a qual deverá regulamentar para completar o branco*”³⁹⁸.

Outra discussão ocorreria com relação ao *ato autorizativo ilícito*. Isso pela discussão acerca da hipótese de ser o ato autorizativo nulo, quando então ao menos o tipo objetivo restaria preenchido naqueles tipos penais que exigem a autorização da autoridade administrativa, a exemplo do art. 7.º, II e II da Lei 7.492/86³⁹⁹. A crítica que Greco faz diz respeito ao fato de atos autorizativos com outros vícios de legalidade poderiam ser considerados suficientes para excluir o injusto. Muitos são os argumentos utilizados para retirar o caráter ilícito da conduta, tais como o fato de o ato administrativo nulo deveria ser declarado nulo, caso contrário ainda produziria efeitos; o fato de que o direito penal não poderia proibir o que é permitido pelo direito administrativo, sob pena de ofensa à unidade do ordenamento jurídico etc. Em verdade, Greco, de forma que parece acertada, menciona que todos os argumentos trazidos seriam apenas relativos, sendo que o princípio da legalidade, por si só, é idôneo para resolver o problema. Afinal, a falta de autorização é elemento do tipo penal, sendo que não seria possível o preenchimento do tipo penal, ainda quando a autorização fosse nula. O autor estende esta hipótese até mesmo para o caso em que a nulidade ocorre por

---

³⁹⁷ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 218-221. Interessante notar que Greco menciona que mesmo em delitos penais tradicionais o legislador pode se socorrer de regras administrativas para verificar qual o contexto do risco permitido e proibido, assim como ocorre com o delito de homicídio.

³⁹⁸ GUARAGNI, Fábio André. **Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf [acesso em 22.01.2014].

³⁹⁹ Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

II - **sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente**, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

IV - **sem autorização prévia da autoridade competente**, quando legalmente exigida:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. [grifo nosso]

abuso de direito, quando então poderia o agente ser responsabilizado por outros crimes, a exemplo dos crimes contra a fé pública ou contra a administração pública⁴⁰⁰.

Já com relação ao *ato proibitivo ilícito*, há duas posições para a solução da controvérsia. De um lado, alguns autores defendem que bastaria a violação da proibição, ainda que ilícita, para justificar uma proibição. Por outro lado, há a crítica de que na hipótese anterior estar-se-ia punindo a mera desobediência, ainda que sem qualquer conteúdo de injusto⁴⁰¹.

Quanto ao *comportamento passível de ato autorizativo, mas não autorizado*, Greco menciona aquelas hipóteses nas quais o particular preencheria todos os requisitos para a concessão de algum ato autorizativo que retiraria a tipicidade da conduta, mas tal ato não seria concedido. Muito embora exista o posicionamento no sentido de que seria “um mero formalismo considerar injusto penal algo que, materialmente, não é mais do que uma desobediência”, Greco menciona o caso do art. 21 da Lei 6.453/77⁴⁰², que diz respeito à conduta de operar usina nuclear sem ato autorizativo, que no contexto da presente pesquisa poderia ser compreendido como o exercício de uma atividade econômica. Neste caso, o autor assevera que deve-se considerar praticado o delito, sendo que “*a competência decisória da administração é, sim, bem jurídico (intermediário) também tutelado pela norma penal*”. Prossegue o autor no sentido de que “*o bem jurídico final, é verdade, é o meio ambiente livre de radioatividade bem como a vida e a integridade física de populações presentes e futuras*”⁴⁰³.

Encaminhando a análise para o fim dos problemas jurídicos apontados por Greco, há a questão da *tolerância pela administração*, hipótese na qual o particular

⁴⁰⁰ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 224-230.

⁴⁰¹ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 231-232.

⁴⁰² Art. 21 - Permitir o responsável pela instalação nuclear sua operação sem a necessária autorização. Pena: reclusão, de dois a seis anos.

⁴⁰³ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 232-235. O autor, ao final, propõe uma distinção entre “*proibições penais que tutelam apenas o bem jurídico ambiental [...] daquelas em que o bem jurídico ambiental é tão relevante e vulnerável que se justifica a postulação do bem intermediário prerrogativa de controle pela administração*”.

praticaria uma conduta sem autorização quando a lei a exige, porém a administração, tendo conhecimento, nada faz. Neste caso, um primeiro posicionamento seria no sentido de que a tolerância não guarda qualquer relevância, devendo haver a responsabilização pela conduta; já uma segunda corrente seria no sentido de que haveria uma diferença entre tolerância passiva (nada fazer) e tolerância ativa (nada fazer de forma consciente), sendo que somente nesta última hipótese seria excluído o tipo. Com relação a esta última hipótese, Greco apenas acrescenta que no caso concreto deve restar comprovado que não havia qualquer intenção de favorecimento ilícito ao particular⁴⁰⁴.

4.3.3 Elementos normativos do tipo

Outra técnica utilizada quando se trata de delitos econômicos seria a utilização de elementos normativos e de cláusulas abertas, técnica esta que se justificaria na já mencionada complexidade da vida econômica, bem como na sua volatilidade.

Busato menciona que é comum a doutrina estabelecer uma confusão entre o conceito de normas penais em branco e elementos normativos. No entanto, conforme destaca o autor, os elementos normativos envolveriam remissões a valorações, ou, nas palavras do autor, “*como elementos cuja adequada compreensão implica uma valoração específica e não uma definição normativa*”⁴⁰⁵.

Já as normas penais em branco, conforme já visto, remetem a outras normas, que podem ter a mesma hierarquia ou não. Enfim, toda a complexidade foi analisada acima.

No entanto, embora sejam conceitos diferentes, as críticas que podem ser estabelecidas são as mesmas. Haveria violação à taxatividade? Deixaria o Direito Penal de cumprir com sua função de proteção de bens jurídicos? Perderia seu caráter de *ultima ratio*?

---

⁴⁰⁴ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 231-235-238.

⁴⁰⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184.

Para finalizar, apenas a título de curiosidade, Klaus Tiedemann é favorável à utilização dos elementos normativos, mas faz a ressalva de que para a responsabilidade penal, é necessário que os elementos normativos ou cláusulas gerais estejam consubstanciados em valorações reconhecidas e seguras.

4.3.4 Delitos residuais ou de captura

Finalizando, uma das técnicas de tipificação mencionada por Tiedemann seria a utilização dos chamados delitos residuais ou de captura. Seria uma aproximação à criminalização da suspeita. O autor cita o exemplo do delito previsto no art. 283, parágrafo 1.º, n.º 5-7 do Código Penal Alemão, que traz a tipificação de condutas de lesão a deveres contábeis durante o período de crise de uma empresa, com previsão de pena privativa de liberdade até 5 anos ou multa. Já no art. 283 *b* do Código Penal Alemão haveria o que o autor chama de delito de captura, já que há a mesma previsão, com pena privativa de liberdade até 2 anos ou multa, quando não há o período de crise na empresa. Assim, ainda que pare dúvidas acerca da crise de uma empresa, haveria a captura pelo delito do art. 283 *b*, que já traria uma sanção autônoma para uma lesão de dever.

Da análise destes exemplos, seria possível concluir que se tratam, em verdade, de delitos de mera conduta, cuja constitucionalidade é bastante discutível. O bem jurídico protegido acaba sendo nebuloso, bem como não há qualquer referência, ainda que mediata, à pessoa humana. Destarte, há uma completa inversão do princípio da culpabilidade e do *in dubio pro reo*, devendo ser afastada esta hipótese, sob pena de se voltar à ideia de criminalização da falta de um dever.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da presente pesquisa, é possível estabelecer algumas conclusões gerais acerca do tema, no entanto muitas incertezas permanecem.

Inicialmente, destaque-se a importância da análise dos sistemas econômicos para a correta compreensão dos contornos que serão assumidos pelo Direito Penal Econômico.

Foi verificado que existem três grandes sistemas econômicos, quais sejam: sistema de tradição, sistema centralizado e sistema descentralizado. O que diferencia estes sistemas são as chamadas respostas ao problema econômico. Mais especificadamente, o sistema descentralizado é aquele que realmente tem relevância para o contexto da pesquisa, posto que trouxe uma ideia de sistema de mercado, baseado no espírito hedonista dos seres humanos. Assim, as decisões acerca da economia, inicialmente, deveriam pertencer unicamente aos chamados agentes econômicos, que atuam neste espaço chamado mercado.

Tal sistema surge com os ideais liberais e tem por pressupostos a propriedade privada e a liberdade de contratar.

Ocorre que, algum tempo após a sua implementação, sérios problemas que distorciam os mecanismos de mercado foram demonstrados. Esses problemas são o que se chama de falhas de mercado, que em resumo seriam os seguintes: *a)* rigidez de fatores: falta de mobilidade; *b)* acesso às informações relevantes: falha de transparência; *c)* concentração econômica: falta de estrutura; *d)* externalidades: falha de sinalização; *e)* bens coletivos: falha de incentivo; *f)* falha analítica e institucional: os custos de transação.

Por conta da demonstração de que o espírito hedonista não era por si só suficiente para a correta condução dos mercados, e em especial na virada do século XIX para o século XX, e tendo por estopim a crise de 1929 nos EUA, surge o contexto do Estado intervencionista, que busca não só corrigir as falhas de mercado, como também garantir aqueles direitos fundamentais mínimos à dignidade do cidadão.

A atual Constituição de 1988 admite expressamente esta intervenção do Estado na atividade econômica, reservando um título para a Ordem Econômica, no qual estão estabelecidos os principais fundamentos e as metas da política econômica brasileira. Importante ressaltar que a Ordem Econômica tem o fim de assegurar a todos

existência digna, ou seja, é digna de ser alçada à categoria de bem jurídico penalmente relevante, já que tem assento constitucional e, de forma mediata, tem um referencial humano, visando a dignidade da pessoa.

O Direito Penal Econômico deve ser entendido dentro deste panorama, como uma das ferramentas de que dispõe o Estado para intervir na atividade econômica. No entanto, o Direito Penal é o meio mais gravoso de que o Estado dispõe, de modo que sua intervenção deve ser fragmentária e sempre subsidiária.

Outras formas de tentar delimitar o Direito Penal Econômico passam por propostas criminológicas, a exemplo do que foi visto acerca da teoria de Sutherland quanto aos criminosos do colarinho branco. Também as peculiaridades processuais, no aspecto probatório, podem ser um critério para identificar os Delitos Econômicos, em especial pela dificuldade na identificação dos cursos causais, até mesmo pela natureza do bem jurídico que protegem (outra forma de delimitação), qual seja, bens jurídicos supraindividuais, que encontram o referente humano apenas de forma mediata.

Independente da análise a ser feita, acredita-se que a melhor maneira seria uma interpretação conjunta dos mais variados critérios, já que, ao que aparenta, cada um se preocupa com uma faceta de um mesmo todo complexo.

Enfim, delimitado o Direito Penal Econômico busca-se a sua legitimidade por meio do critério da proteção de bens jurídicos. Ocorre que, como visto, o próprio conceito de bem jurídico enfrenta severas críticas, tendo alguns autores defendido até mesmo o seu abandono. No entanto, após a análise das propostas de Hassemer, Schünemann, Greco e Roxin (ainda que os últimos já permitam uma abertura do conceito no caso de embriões, animais e natureza), acredita-se que o conceito de bem jurídico é um conceito ainda necessário, em especial por trazer a possibilidade de limitar materialmente a atividade legislativa, quando das técnicas de tipificação. Nada impede que seja considerado ao lado de outros critérios também limitadores, tais como os *harm* e *mediating principles*, proporcionalidade, esfera nuclear da autonomia e vida privada etc. Talvez, como mencionou Schünemann, o seu real desenvolvimento ainda esteja por vir.

O principal acerca da teoria do bem jurídico é a sua utilidade ainda para a identificação dos verdadeiros bens jurídicos coletivos, como é o caso da Ordem Econômica. Isso pelo fato de que, para que um interesse seja considerado um bem

jurídico coletivo, ainda que de forma mediata, deve prevalecer o referencial antropológico.

Assim, passando às conclusões acerca das técnicas de tipificação na atividade econômica do Estado intervencionista, é possível verificar uma predileção pelo uso de delitos de perigo abstrato e por normas penais em branco. Ambas as técnicas se justificam sobre o prisma de explicações sociológicas, como a ideia de sociedade de risco, desreferencialização e sociedade de consumo.

Nos delitos de perigo abstrato há uma antecipação da tutela penal, com base no entendimento de que, sob uma perspectiva *ex ante*, determinadas condutas oferecem riscos ao bem jurídico tutelado. Como visto, deve haver a comprovação de que existe esta periculosidade da conduta, sob pena de se deslegitimar eventual intervenção estatal. É o caso dos crimes por acumulação, que não se justificam num Estado Democrático de Direito pautado pelo princípio da culpabilidade individual e da lesividade.

Já com relação às técnicas de reenvio, consubstanciadas nas normas penais em branco e nos elementos normativos do tipo, a maior preocupação reside no respeito à taxatividade e à reserva legal. Como visto, não há problemas quando a remessa é feita no sentido de estipular normas que trazem um risco permitido, até mesmo pelo fato de que os próprios delitos de resultado se utilizam destes critérios. No entanto, não pode o núcleo do tipo penal ser preenchido na esfera administrativa, p. ex.

Enfim, logo no início desta conclusão foi dito que muitas incertezas permanecem no encerramento deste trabalho. Muito embora a busca seja por limites materiais à atividade legislativa e às técnicas de tipificação, ao que parece o discurso da necessidade impera no Direito Penal. Vale aqui lembrar do artigo do Stratenwerth, quando o autor menciona a discussão acerca do crime de lavagem de dinheiro na Suíça. Na falta de um bem jurídico certo e delimitado, o discurso foi simplesmente o de que era necessário coibir o crime organizado. A pesquisa apresentada por Juliana Cabral acerca do aumento dos tipos penais de perigo abstrato demonstra bem esta tendência.

Mas o que não é possível é a mera exclusão ou desconsideração dos princípios limitadores do Direito Penal, tais como a reserva legal, taxatividade, lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade etc.

Ao final, resta um sentimento de que o discurso busca justificar a necessidade. Explica-se: com o discurso dogmático-penal, elementos e teorias que

teriam por finalidade limitar o Direito Penal acabam apenas fundamentando e legitimando as mais variadas práticas, com o discurso apurado e quase sempre conformador.

Como visto, o discurso tem o poder de legitimar as técnicas de tipificação, ainda que com base em critérios como o bem jurídico, princípios penais limitadores etc. Cabe refletir se não se trata de discurso parcial e desfocado de todo o problema da questão penal (perceba-se o contexto das realidades complexas de Edgard Morin). De nada adianta um discurso sofisticado acerca das técnicas de tipificação sem uma correlação na outra ponta com as finalidades da pena e a necessidade de intervenção penal.

As técnicas são cada vez mais extremas, antecipadoras da tutela penal e dando cada vez mais amplitude para o administrador por meio das normas penais em branco, mas ainda assim é possível de alguma forma legitimá-las pensando somente em critérios como o bem jurídico. Aliás, aqui se defendeu o bem jurídico, mas Luís Greco bem asseverou quando analisou a decisão do incesto na Alemanha que o discurso do bem jurídico também poderia legitimar o crime, caso fossem analisados outros aspectos como proteção do matrimônio ou da família para legitimar tal proibição.

Com extrema simplicidade, Prittwitz exprime a preocupação demonstrada na seguinte pergunta: “Este alto preço (restrição das garantias) vai permitir alcançar o resultado apropriado (capacidade para resolver o problema)?”⁴⁰⁶.

---

⁴⁰⁶ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de Riesgo y Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; et al. **Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo**: El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt, 2003. p. 259-287.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Tradução de Ricardo Robles Planas. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.

AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” em la teoría de la protección pena de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 227 a 264.

ARENDDT, Hannah. **Eichmman em Jerusalém**: Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. **O bem jurídico-penal**. Duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 11, jul-set., 1995, p. 126.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRITO, Edvaldo Pereira de. A Atuação do Estado no Domínio Econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Desafios do Século XXI**. São Paulo: Pioneira, 1997.

BURCHARD, Christoph. **O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29-51.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed., rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

D`AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FABRI, Andréa Queiroz. Falhas de Mercado: por uma nova visão do planejamento econômico. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.). **Direito Econômico: evolução e institutos** [obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca]. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 309-340.

GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 209-241.

_____. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97.

_____. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 82, p. 165-185, jan.-fev./2010.

GUARAGNI, Fábio André. A função do direito penal e os "sistemas peritos". In: GUARAGNI, Fábio André; CÂMARA, Luiz Antônio (Org.). **Crimes contra a ordem econômica - temas atuais de processo e direito penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, v. I, p. 72-87

_____. **A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais**. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. V. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012.

_____. **Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf [acesso em 22.01.2014].

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 179-196.

_____. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 459- 475.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de

legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 37-52.

_____; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los critérios de uma imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 285 a 308.

INACARATO, Márcio Antônio. **A doutrina da tipificação e sua extensibilidade**. Revista de informação legislativa, v.18, nº 70, p. 151-158, abr./jun. de 1981.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquim Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Welfare state e desenvolvimento**. In: Dados, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582011000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 Dez. 2013

LOPES, Marcos Antônio. **Uma idéia de Antigo Regime**. Textos de História. Revista do Programa de Pós-graduação em História da UnB., [S.l.], v. 11, n. 1-2, p. 129-144, Jan. 2012.

MARINS, Vinicius. Direito Econômico e intervencionismo consensual: o caso das parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.). **Direito Econômico: evolução e institutos** [obra em homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca]. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTÍN, Luis Gracia. **Globalização econômica e direito penal**. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134-157.

MCCORMICK, B. J. et al. **Introdução à Economia**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. p. 33-34.

- MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios Político Criminales que Inspiran el Tratamiento de los Delitos Contra el Orden Socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-110. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).
- NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Bauru, SP: Edipro, 2009.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão penal e o direito de intervenção**. Artigo disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf [acesso em 20/02/2013].
- PINHO, Diva Benevides (Org.) et. al. **Introdução à Economia**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- POLANYI, Karl. **A grande transformação: As origens da nossa época**. Trad. de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de Riesgo y Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; et al. **Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo: El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt**, 2003. p. 259-287.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Principais Mudanças (e Polêmicas) Previstas no Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012)**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, ano XI, v. 76, pp. 09-25, out./nov. 2012.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Nociones de derecho penal económico argentino. Vol. 3. Córdoba: M.E.L Editor, 2005.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 261-282. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos uma Finalidad del Derecho Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

_____. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque**. Trad. de Alaor Leite. In: Revista dos Tribunais 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 289-307.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 153-174. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35 e 36.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A Delimitação do Direito Penal Econômico a Partir do Objeto Ilícito**. In: Direito penal econômico: Crimes Financeiros e Correlatos (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 2 ed., Civitas Ediciones, S. L., 2001.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996.

SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito Financeiro e Econômico**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 105 a 127.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 365-372.

_____. Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Org.). **Límites al derecho penal:**

princípios operativos en la fundamentación del castigo. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012. p. 237-247.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-Collar Criminality**. In: American Sociological Review, Vol. 5, Nbr. 1. 1940. p. 1-12. Disponível em: <http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/Documents/sutherland.pdf> [acesso em 05/02/2014]

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte general y especial. Trad. de Héctor Hernández Basualto et. al. [2. ed. alemã]. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

TOURINHO, Arx da Costa. **Intervencionismo e Direito Penal Econômico**. In: Revista de Informação Legislativa, v.14, nº 55, p. 45-54, jul./set. de 1977. p. 45 a 54.

TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN MORCILLO, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2002.

TU, Hongbo. **Cluster Marketing Models and Strategies**: The Implications Thereof in the Chinese High-Tech Industry. In: International Journal of China Marketing, vol. 1(2), p. 34-44, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALLAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.