



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ALFREDO PINHEIRO MARTINS NETO

**DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO DIREITO PENAL DE PERIGO: A tutela da
livre concorrência na sociedade de risco contemporânea**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife
2013

ALFREDO PINHEIRO MARTINS NETO

**DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO DIREITO PENAL DE PERIGO: A tutela da
livre concorrência na sociedade de risco contemporânea**

Dissertação apresentada ao programa
de Pós- Graduação em Direito do
Centro de Ciências Jurídicas/
Faculdade de Direito de Recife da
Universidade Federal de Pernambuco
como requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Teoria da
Antijuridicidade e Retórica da Proteção
Penal dos Bens Jurídicos

Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito
A. Pontes de Freitas.

Recife
2013

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

M382d Martins Neto, Alfredo Pinheiro

Direito penal econômico como direito penal de perigo: a tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea / Alfredo Pinheiro Martins Neto. – Recife: O Autor, 2013.
104 f.

Orientador: Ricardo de Brito Albuquerque Pontes de Freitas.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ.
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.
Inclui bibliografia.

1. Direito penal econômico. 2. Concorrência. 3. Risco (Direito). 4. Tipo (Direito penal) - Brasil. 5. Globalização - Aspectos econômicos. 6. Crime de perigo abstrato. 7. Direito antitruste. 8. Cartéis. 9. Ilegalidade - Brasil. 10. Legitimidade (Direito). I. Freitas, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes de (Orientador). II. Título.

345.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2014-004)

ALFREDO PINHEIRO MARTINS NETO

DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO DIREITO PENAL DE PERIGO: A tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Área de Concentração: Teoria da Antijuridicidade e Retórica da Proteção Penal dos Bens Jurídicos

Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito A. Pontes de Freitas

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Presidente/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura _____

Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira (1º Examinador externo / DAMAS)

Julgamento: _____ Assinatura _____

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura _____

Recife, 17 de fevereiro de 2014.

Coordenador: Prof. Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega**

Aos meus pais, José de Arimatéia Brasil e Cleonice Pinheiro, pelos valores e ensinamentos, base de minha formação; à Ana Patrícia Pinheiro e Ana Beatriz Pinheiro, meus amores, pelo incentivo e paciência nos momentos de renúncia ao convívio familiar.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo sopro da vida em sua imagem e semelhança, pela oportunidade do convívio saudável com minha família, pela missão confiada de servir à sociedade através do Ministério Público e pela generosidade de carregar em seus braços esse filho pecador, consciente de suas limitações, que procura aprender com os erros em busca da evolução espiritual.

Ao mestre e amigo, Professor Dr. Teodomiro Cardozo, pelo acolhimento na condição de “filho intelectual”, quando trabalhamos juntos durante uma década na 1ª Vara Criminal de Paulista-PE, ocasião em que começamos a pensar o direito penal para além das denúncias, despachos, pareceres e sentenças, buscando na raiz a essência de sua utilidade como instrumento de pacificação social e, ainda, pelo incentivo para o ingresso no programa de mestrado cuja contribuição foi fundamental desde o valioso auxílio com a pesquisa bibliográfica até as tardes e noites de orientação informal em sua residência.

Aos colegas de turma, Izaias Novaes, Renato Feitosa, Rodrigo Teixeira e ao colega contemporâneo do PPGD, Mestre Lúcio Izidro, pela contribuição direta no compartilhamento generoso de textos, artigos, livros e de suas experiências profissionais como também pela parceria e cumplicidade estabelecida ao longo desses dois anos de caminhada.

Ao Professor e orientador, Dr. Ricardo de Brito por ter operado a cura da minha “cegueira” jurídico-penal através da terapia ministrada nas aulas de história das ideias penais que contribuiu decisivamente para uma melhor compreensão da dogmática através do resgate histórico dos pensadores e valores éticos e sociais das várias épocas ao longo da evolução do direito penal.

Ao Professor Dr. Cláudio Brandão por ter, ao seu modo, mexido com os meus brios e forçado minha saída do comodismo e estabilidade da vida de operador do direito e ingressado numa imersão acadêmica que proporcionou meu amadurecimento intelectual na ciência jurídico-penal, mormente, pelas lições no manejo da metodologia da pesquisa a ela aplicada.

Aos funcionários lotados no PPGD, aqui homenageados na pessoa de Maria do Carmo Mota de Aquino (Carminha), sempre solícitos em atender nossos requerimentos e esclarecer nossas dúvidas.

RESUMO

MARTINS NETO, Alfredo Pinheiro. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**: A tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea. 2013. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

Esse trabalho tem por objeto a análise da tutela da livre concorrência sob o ponto de vista do direito penal de perigo, no contexto da sociedade de risco. Inserido no direito penal e Constitucional penal, com ênfase na tutela do bem jurídico econômico supraindividual, parte do pressuposto de que a violação ao princípio da livre concorrência, que também constitui tipo penal incriminador, é tutelado pelo direito penal brasileiro por meio da técnica do perigo abstrato. Apesar disto, as relações jurídicas decorrentes são objeto de grande celeuma no meio jurídico em face dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. A escolha do tema deu-se em razão da necessidade de se estabelecer uma via intermediária que, sem negar legitimidade ao direito penal econômico, como direito penal de perigo, propicie a limitação de sua incidência à luz dos princípios constitucionais estruturantes da lesividade e da intervenção mínima. Sob a perspectiva da expansão do direito penal e seu processo de deslegitimação, delineia-se a presente investigação, que se debruçará sobre os limites de um direito penal econômico construído, precipuamente, por crimes de perigo abstrato. Defendendo a compatibilidade desta forma de criminalização com o modelo de Estado Democrático de Direito, que fundamenta o exercício do poder punitivo no princípio da lesividade, a partir da determinação prévia das circunstâncias desta forma de antecipação da tutela penal, serão traçados limites precisos para essa nova modalidade de criminalização.

Palavras-chave: Direito penal econômico. Crimes de perigo abstrato. Tutela da livre concorrência. Sociedade de risco.

ABSTRACT

MARTINS NETO, Alfredo Pinheiro. **Economic Criminal Law and Criminal Law Hazard:** The protection of free competition in the contemporary risk society. In 2013. 104 f. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

This work aims at the analysis of the protection of free competition from the point of view of criminal law danger in the risk society. Uploaded on criminal law and constitutional, with emphasis on the protection of economic and legal supraindividual, assumes that the violation of the principle of free competition, which also constitutes incriminating criminal type, is overseen by the Brazilian criminal law through the technique of danger abstract. Nevertheless, the legal relations arising from this law are still under considerable stir in the legal environment in the face of constitutional principles and the harmfulness of minimum intervention. The theme was given because of the need to establish a middle way that, without denying legitimacy to economic criminal law, and criminal law danger, conducive to limiting its impact in light of the constitutional principles of minimal intervention and harmfulness. From the perspective of the expansion of criminal law and its process of delegitimization, outlines to this research, which is to address the limits of an economic criminal law built, primarily, about abstract danger crimes. Defending the compatibility of this form of criminality with the model of a democratic state, which underlies the exercise of punitive power harmfulness in principle, from the prior determination of the circumstances of this form of anticipation of criminal law, precise boundaries will be drawn to this new model of criminalization.

Keywords: Criminal law economical. Abstract danger crimes. Protection of free competition. Society risk.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	11
2.1	Contornos da sociedade de risco contemporânea e criminalidade econômica	17
2.2	O Direito penal em face da globalização e integração supranacional	20
2.3	Fundamentos da aplicação das penas no Direito Penal Econômico	24
2.4	O simbolismo, a “administrativização” do Direito Penal e o modelo político-criminal refratário da Escola de Frankfurt	27
3	A METODOLOGIA DA DOGMÁTICA PENAL NA DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO.....	31
3.1	A ordem econômica como bem jurídico-penal difuso, seu fundamento e alinhamento aos princípios constitucionais	33
3.1.1	A tensão entre o direito penal da sociedade do risco e o paradigma penal clássico: princípios da lesividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade.	37
3.2	A neocriminalização e a mudança de paradigmas	43
3.3	Direções metodológicas do direito penal econômico	45
3.3.1	A legitimidade do direito penal econômico contemporâneo: uma “mera” questão de eficácia?	46
4	CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	48
4.1	Conceito	48
4.2	Estrutura metodológica dos delitos de perigo abstrato.....	51
4.3	A adequação econômica da conduta e sua função na tutela do tipo penal antitruste	66
4.4	A exigência da concepção material da ilicitude para o injusto penal econômico ..	71
5	TUTELA ANTITRUSTE - PROTEÇÃO JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DO DESVALOR DA AÇÃO	74
5.1	A concorrência e a concentração de poder econômico.....	74
5.2	A livre concorrência e sua tutela jurídica	77
5.3	A tutela antitruste no direito brasileiro	80
5.4	Acordos e concentrações entre agentes econômicos	83
5.4.1	Acordos horizontais: os cartéis	85
5.4.2	A colusão horizontal	87
5.4.3	A colusão vertical	88
5.5	Desvalor da ação e do resultado nos tipos de perigo abstrato	89
6	CONCLUSÃO.....	92
	REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

No segundo quartel do século XX, as sociedades ocidentais passaram por transformações profundas nos meios de produção industrial, propiciadas por novas descobertas tecnológicas, tornando-as complexas a partir de mudanças estruturais, irrompendo uma sociedade moderna, com a crescente concentração do poder econômico, em face da expansão do capitalismo que fez surgir o Estado industrial. Com a mudança paradigmática no cenário socioeconômico global, iniciaram-se vários questionamentos sobre o controle da liberdade do modelo das economias de mercado. Tais mudanças acarretaram impactos diversos no Ordenamento Jurídico, sobretudo, na livre concorrência, fundamento da ordem econômica constitucional.

Objetivando regular a economia, o Estado, por meio do direito penal, passou a intervir nos meios de produção de riquezas, para tutelar bens jurídicos indispensáveis ao regime do Estado Democrático de Direito, que tem por finalidades republicanas a redução das desigualdades nos setores sociais e regionais; da marginalização e da pobreza.

A Constituição Federal, no art. 3º, II, contempla a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no escopo de constituir uma ordem social igualmente justa, igualmente livre e, igualmente, solidária (art. 3º, I, da CF). No aspecto dos princípios da ordem econômica e tributária, a Lei Fundamental consagra, no art. 170, inciso IV, o princípio da livre concorrência, e no art. 173, § 4º, contém a norma programática de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nesse contexto, o direito penal vivencia sensível expansão de territórios onde novos bens jurídicos alçam à categoria de bens de interesse penal, o surgimento de novos tipos penais e agravamento de penas para tipos, cuja vítima seja toda a sociedade, ampliando-se assim os riscos penalmente relevantes, em um cenário em que a reivindicação social é diversa da que sempre se apresentou ao direito penal clássico, o qual atendia a um único propósito: corrigir ou penalizar o delinquente ocasional ou habitual ou, simplesmente, afastar da sociedade o delinquente incorrigível. Esse novo direito penal é fundado em outro desígnio: proteger o mercado dos desestabilizadores de sua estrutura, desvinculando de seu objeto central a figura do delinquente e centrando seu foco na atividade perturbadora da economia imaginada que afetará a coletividade.

Enquanto no direito penal clássico, os bens jurídicos que ensejavam a proteção penal referiam-se apenas à pessoa individualmente considerada, não se cogitando a pertinência daqueles institutos aos bens jurídicos supraindividuais ou pertencentes a toda a coletividade, o direito penal econômico, assumindo uma dimensão moderna, surge depois da primeira guerra mundial, inicialmente, para canalizar os recursos econômicos para os esforços de guerra e para adaptar-se a essa situação até então desconhecida, de molde que o Estado foi obrigado a intervir, no papel de responsável, no curso da vida econômica, visando superar a crise econômica, gerada pelas disputas bélicas.

Daí a necessidade de investigar os aspectos da dogmática do direito penal clássico em face de um direito penal moderno, de cunho econômico, perscrutando sua metodologia, objeto e missão.

O trabalho tem, pois, como objeto, a análise da tutela jurídico-penal da livre concorrência sob o ponto de vista do direito penal econômico no âmbito da sociedade de risco contemporânea com ênfase no estudo da dogmática penal clássica e a conformação de seus institutos ao direito penal econômico, como direito penal de perigo, que tem como objeto de proteção a tutela do bem jurídico-penal econômico da livre concorrência.

Partindo dessa premissa passar-se-á a estudar a legitimidade do direito penal econômico como direito penal de intervenção na ordem econômica apto a tutelar a livre concorrência, analisando a estrutura do crime econômico a partir de uma perspectiva de crime de perigo abstrato por meio da antecipação da tutela penal cujo desvalor terá lugar logo na ação (conduta) demonstrando, para isso, o alinhamento dessa técnica com os preceitos da teoria do crime, compreendendo a formação do bem jurídico-penal econômico da livre concorrência.

O tema insere-se na área de direito penal e Constitucional penal, com ênfase na tutela do bem jurídico econômico supraindividual, partindo do pressuposto de que a violação ao princípio da livre concorrência, que também é um tipo penal incriminador (art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.137/90), é tutelado pelo direito penal brasileiro por meio de um tipo de perigo abstrato. Apesar disto, as relações jurídicas decorrentes deste direito ainda são objeto de grande celeuma no meio jurídico em face dos princípios constitucionais da lesividade e da intervenção mínima.

O estudo surgiu, pois, a partir da necessidade de rechaçar posicionamentos extremos, estabelecendo uma via intermediária que, sem negar legitimidade ao direito penal econômico,

como direito penal de perigo, propicie a limitação de sua incidência, à luz dos princípios constitucionais estruturantes da lesividade e da intervenção mínima.

Sob a perspectiva da problemática mais ampla acerca da vigorosa expansão do direito penal e de seu consequente processo de deslegitimação, delinea-se o objeto da presente investigação o qual se debruçará sobre os limites de um direito penal econômico construído, precipuamente, por crimes de perigo abstrato.

O estudo defende a ideia de que não se pode acolher a tese de incompatibilidade desta forma de criminalização ao modelo de Estado Democrático de Direito, que fundamenta o exercício do poder punitivo no princípio da lesividade, desde que haja determinação prévia de quais circunstâncias esta forma de antecipação da tutela penal mostra-se compatível com parâmetros constitucionais, o que indica a própria exigência de limites precisos para essa nova modalidade de criminalização.

Então como proteger eficazmente bens jurídicos supraindividuais, imanentes à violação da livre concorrência, por meio de crimes de perigo abstrato, sem atentar contra os princípios constitucionais da lesividade e intervenção mínima? Os crimes de perigo abstrato não afrontam os princípios da lesividade e intervenção mínima, desde que o perigo ao bem jurídico seja inerente à conduta vedada e que o objeto tutelado, pela sua própria natureza, só possa ser protegido mediante criminalização em âmbito prévio, adotando-se os critérios da taxatividade da descrição típica, legalidade e culpabilidade.

A pesquisa será eminentemente teórica, baseada em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, tendo em vista o caráter universal do tema, para solução do problema, objeto da investigação. Para o desenvolvimento do estudo adotar-se-á o método hipotético-dedutivo, restringindo o tema à especificidade, buscando, na perspectiva dogmática, a verticalização do conhecimento.

2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

A criminalidade ligada à atividade econômica, em sentido amplo, como as atividades de produção e trocas sociais, existe desde que o homem vive em sociedade e tem sido tratada com maior ou menor formalidade conforme o período histórico analisado, refletindo em suas disposições os valores e a cultura da época e do povo que a produziu.

Para uma melhor compreensão do atual contexto da dogmática penal econômica, imprescindível o escrutínio de seus antepassados, pois, como bem assinalado nas lições do mestre Ricardo de Brito¹, a abordagem histórica do direito penal é necessária à compreensão do sentido e fundamentos dos institutos penais, permitindo e facilitando um melhor conhecimento do direito vigente e contextualizando sua exegese em cada momento histórico vivido pelas sociedades.

Assim, onde sempre existiu um sistema criminal houve também uma tutela penal das atividades econômicas, mais ou menos desenvolvida e consoante a correspondente estrutura social e grau de evolução da economia, já que o direito penal deve estar adaptado à realidade socioeconômica subjacente em um dado momento histórico.²

Não foi diferente no decorrer dos séculos quando as transformações sociais, às suas maneiras, incorporavam novos ilícitos relacionados à atividade econômica e os sancionava penalmente. Desde antes da formação dos Estados modernos, a falsificação de moeda, instrumento fundamental nas unificações, era considerada crime, à semelhança do que aconteceu nos anos do descobrimento das Américas e nas futuras colônias como o Brasil, em que o crime era apenado até com morte na fogueira e confisco de bens. Nessa época, já havia previsão para delitos como o roubo ou a apropriação indébita de aves e escravos, previstos no Código Penal das Ordenações Filipinas do Reino de Portugal e que vigeu aqui por longos anos.

Em relação à carga de preconceito que remonta o surgimento do direito penal econômico, importante as impressões de Enrique Aftalión:

Durante muito tempo, o direito penal econômico tem sido considerado por numerosos juristas como um tipo de subúrbio imprestável do Direito Penal, imprecisamente situado nas fronteiras deste com o Direito Administrativo. De tal modo este setor do ordenamento jurídico, filho das urgências do

¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e Sensibilidade*. Fundamentos do Direito Penal Moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 1-4.

² MARTOS NUÑEZ. Juan Antonio. *Derecho Penal Económico*, Madrid: Montecorvo, 1987. p. 111.

intervencionismo econômico dos governos, se manteve um pouco órfão do auspício acadêmico. Não é de estranhar, pois, que nascera com defeitos sensíveis, fruto de suas espúrias origens e que em muitos tratados de direito penal apenas seja possível encontrar referências incidentais a suas questões, arrastadas de roldão.³

Citando Marc Ancel, o renomado jurista argentino, prossegue ponderando já em sua época que, assim como o direito privado se encaminha para uma parcial publicização, o direito contemporâneo tende a sua penalização na medida em que o legislador recorre cada vez mais às sanções penais para assegurar seu cumprimento. Segundo o autor, nesses tempos de inflação, também os penalistas padecem de uma inédita versão do fenômeno: o que poderia se qualificar de inflação penal, ou seja, a apressada, desordenada e profusa edição de normas penais à margem de toda preocupação científica, frequentemente contraditórias entre si, cheias de lacunas e imprecisões. Não é estranho, portanto, que o nascimento do direito penal econômico tenha sido marcado em todas as partes por suas deficiências técnicas, por suas transgressões a princípios fundamentais do direito penal clássico, por seus excessos e discricionariedades, levado-se em conta que, em todas as partes, sua promulgação foi uma resposta à necessidade de fazer frente, com urgência, a situações e problemas novos, cujo enfrentamento não admitia prorrogação.⁴

Na esteira desse raciocínio, Zaffaroni chama atenção para aquilo que classifica como uma das mais perigosas combinações existente entre o fenômeno da *alienação política dos teóricos* e os de *alienação técnica dos políticos*, gerando um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político. Em geral, a classe jurídica costuma cair na alienação política quando se intensificam discursos populistas (*völkisch*), pois costumam ser violentos, devastadores, injuriosos e impõem medo, em relação aos quais estão vulneráveis não apenas os políticos profissionais, como também parte considerável do próprio meio judiciário e acadêmico.⁵

Passar-se-á, pois a analisar, sem a pretensão de exaurir o tema, os antecedentes legislativos da intervenção penal na economia nos diferentes estágios históricos do mundo ocidental o que favorecerá uma melhor compreensão dos princípios e orientações da dogmática do direito penal econômico contemporâneo.

³ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959, p. 15.

⁴ Idem, pp. 23-24.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio R. *Política y Dogmática jurídico penal*. En torno de la cuestión penal.editorial. IB de f, 2005, pp. 76-77.

Na antiguidade Greco-romana, sabe-se que em Atenas, o monopólio era punido com a pena de morte, bem como que em 438 a.C., exigiram-se as mais enérgicas providências e, até mesmo, a eliminação de negociantes que exploravam as necessidades da população. Na obra intitulada “*Política*”, de Aristóteles⁶, registra-se a existência do crime de açambarcamento, na qual relata que o filósofo Tales de Mileto foi condenado por tal crime, uma vez que, após prever uma abundante safra de azeitonas, adquiriu todo o material destinado ao armazenamento e ao aproveitamento das azeitonas em Mileto e Chio, alugando-o a preços exorbitantes no momento da colheita.^{7,8}

O Direito Penal Romano, mais interessado em coibir os crimes praticados no exercício das atividades econômicas já previa punições, por vezes, muito severas, a condutas como preços abusivos, usura de dinheiro (agiotagem), especulação e ilícitos na importação e exportação de produtos dentro das fronteiras do Império. A *lex Juliae de Annona*, cuja edição é atribuída à Júlio César, punia severamente a especulação de preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais. O imperador Augusto encarregou-se pessoalmente dos negócios de grãos relativos à cidade de Roma. Por sua vez, o imperador Tibério fixou-lhes o preço máximo, enquanto o imperador Nero proibiu as vendas clandestinas, as vendas de contado e permitiu apenas as vendas em mercados públicos. Em 301, o imperador Diocleciano fixou o preço máximo para mercancias com todas as mercadorias e também para o trabalho, punido com a pena de morte as infrações a essas regras e aquelas, praticadas nas transações com o império persa.⁹

Com o fim do Império Romano, iniciando-se a Idade Média, a Igreja Católica, expandida em domínios e poder, impôs suas normas a fatos considerados delituosos praticados tanto por seus membros (eclesiásticos) como profanos (não religiosos). O *Corpus iuris canonici*, editado no século XIV, era a consolidação legislativa do direito canônico por meio da qual se previa punição para a usura, por considerar que a cobrança de juros significava uma forma de taxação sobre o tempo, que seria algo absolutamente sagrado e, portanto, fora das esferas de decisão sobre as quais os homens poderiam atuar.¹⁰

⁶ ARISTÓTELES, *Política*. Brasília: UnB, 1997.

⁷ LYRA, Roberto. *Dos crimes contra a economia*: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940. p. 119-120.

⁸ OLIVEIRA, Elias De. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 29.

⁹ MOMMSEN, Teodoro. *El derecho penal romano*. Pamplona, La España moderna, Analecta ediciones e libros, 1999, pp. 302-306.

¹⁰ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 221.

O direito medieval secular também procurou tutelar as práticas comerciais por meio do direito penal, mormente em sua fase final, quando as atividades mercantis começaram a se desenvolver efetivamente entre as cidades europeias. Muñoz Conde¹¹ aduz que na Idade Média se previam medidas punitivas para os que infringiam as normas sobre a qualidade ou preço dos produtos nos mercados.

Na França medieval o principal texto legal foram as *ordennances* de Filipe IV, que proibiu a cunhagem particular de moeda e incriminava a sua falsificação. Para além disso, os crimes de falsificação de moeda e selo, dentre outros delitos, eram considerados tão graves que constituíam os chamados *cas royaux* (caso real), cujo julgamento reclamava a intervenção direta do monarca em detrimento do Poder Judiciário.¹²

Ao cabo da era medieval o direito romano, o canônico e o germânico fundiram-se para originar o denominado direito penal comum, que se espalhou por toda a Europa e vigeu até as décadas finais do século XVIII. Esse sistema criminal caracterizou-se pela crueldade de suas penas, em que a pena capital era a regra geral, executada com requintes de perversidade, bem como pelo tratamento desigual dispensado aos réus, que dependia da condição social e fortuna da pessoa. Nesse contexto, a pena criminal era tida como um instrumento de defesa do Estado e da Religião, permeada pelo generalizado arbítrio.¹³

Righi estabelece como sendo o primeiro antecedente do direito penal econômico o direito consuetudinário britânico que, em 1415, declarou ilegais práticas restritivas da concorrência em razão de atentarem contra o Common Law. Nesta época, a Coroa inglesa outorgava privilégios para importação e exportação, e em 1623 foi aprovado um Estatuto de Monopólios que restringiu essa prerrogativa do rei, liberando-se o mercado inglês a partir de então até a chegada do liberalismo econômico do século XIX.¹⁴

A partir do século XVIII também se encontram várias disposições legais que sancionam criminalmente as infrações em matéria de concessões e monopólios reais sobre determinados produtos. Todavia, no século XIX a intervenção penal na atividade econômica

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de ley orgánica de código penal*. Cuadernos de Política Criminal Madrid: Instituto de Criminología da Universidade Complutense de Madrid, n. 16, 1982, pp. 107-133.

¹² FREITAS, Ricardo de Brito P. *Razão e sensibilidade*. Ibidem., p. 10-14.

¹³ SILVA, Ivan Luis da. *Teoria da adequação social da conduta: o significado econômico da conduta em face da lei penal antitruste*. Tese de doutoramento. Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 82.

¹⁴ RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Reunidas, 1991, p. 62.

retrocedeu por influência das ideias do liberalismo político e econômico predominante nesse período.¹⁵

Mesmo no auge do liberalismo econômico e do modelo de Estado liberal, logo em seguida às revoluções francesa e industrial, em que reinavam as crenças na liberdade de concorrência e nos ajustes da “mão invisível” do mercado, países como a França (Código Penal de 1810), a Bélgica (Código Penal de 1867) e a Itália (Código Penal de 1899) criminalizavam as especulações comerciais. Nessa esteira, nos últimos anos do século XIX e início do século XX, assistiu-se a proliferação das legislações antitruste a partir dos Estados Unidos da América, que têm como sua principal expressão até os dias atuais o *Sherman Act* (1890).¹⁶

A essa altura, o Código Criminal brasileiro do Império, de 1830, mantinha os delitos de falsificação de moedas, contrabando, furto, roubo, “banca-rota” e estelionato (agora sob influência do iluminismo penal de Beccaria e outros, com penas mais brandas, que variavam entre multa, prisão e prisão com trabalho). O Código Penal de 1890 ampliou a lista de crimes, passando a apenar também a falência, outros crimes de abuso de confiança e atividade fraudulenta, além de apresentar um capítulo voltado aos crimes contra a propriedade imaterial.

O que chamamos modernamente e de modo genérico de Direito Penal Econômico só iria surgir a partir das experiências das duas grandes guerras mundiais. A destruição por elas causada e os danos às economias dos países envolvidos e de todo o mundo, reforçados pela crise americana de 1929, impulsionariam os Estados a superarem as ideias do liberalismo e avançarem rumo a outro tipo de postura em face das atividades econômicas.

Surge o chamado *Welfare State* por meio do qual os Estados assumem definitivamente uma postura intervencionista em papéis fundamentais no desenvolvimento econômico de suas nações. Nesse contexto, o direito penal transforma-se então em importante instrumento, primeiramente para a proteção das fragilizadas economias dos países centrais na primeira metade do Século XX e, mais adiante, como um mecanismo de direcionamento para a

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico*. Idem, p. 115.

¹⁶ ROYSEN, Joyce. *Doutrinas Essenciais. Direito Penal Econômico e da Empresa. Teoria Geral da tutela penal transindividual*. Organizadores: Luiz Régis Prado e René Ariel Dotti, vol. I São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 541-542.

reformulação dessas economias, agora não mais sob a égide do Mercado, mas sob a tutela estatal.¹⁷

As normas do direito penal econômico, nutridas pelas sequelas das crises econômicas e dos afrontamentos bélicos, constituem produto da atuação estatal na reforma dos sistemas econômicos abalados pelas guerras como a mais grave forma de intervenção do Estado na economia. *Pari passu* ao direito econômico, que tem sua mesma origem e foi qualificado de vergonhoso por contradizer o princípio da não intervenção estatal na economia, o direito penal econômico em seu início foi um setor jurídico controvertido e submetido a um tratamento legislativo e dogmático desatencioso e peculiar.¹⁸

Nesse horizonte jurídico-econômico-social, a Alemanha surge com legislações pioneiras, como o decreto contra o abuso do poder econômico – KVO, de 1923 – e milhares de normas administrativas. Segundo Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade¹⁹, só em relação à especulação, foram mais de quarenta mil disposições penais no período das duas guerras, que culminariam no surgimento de um direito penal econômico administrativo ou de mera ordenação social, precursor do modelo adotado pelos alemães (*Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1952) e pelos franceses (Lei penal da Economia de 1949).

Historicamente, o direito econômico tem sua origem na direção e planificação estatal da economia. Daí seu conceito restrito, nascido na Alemanha após algumas disposições legais isoladas aparecidas durante a Primeira Guerra Mundial. Logo se adotou um verdadeiro arsenal de medidas econômico-jurídico-administrativas nas quais a sanção penal não se limitava aos casos mais graves. A organização de um adequado abastecimento coletivo levou a aprovar cerca de quarenta mil disposições (penais) cujo núcleo o constituía várias leis sobre a usura de guerra e que asseguraram a satisfação das necessidades vitais, mediante a luta contra a elevação dos preços, frearam os abusos próprios de uma situação de necessidade.²⁰

A crise econômica de 1929 ensejou numerosas normas jurídicas com medidas de ordenação e direção econômicas que novamente estabeleciam sanções criminais e administrativas, em face da necessidade de controlar as trovas e os preços dos bens econômicos. Nesse contexto, destaca-se o Decreto de 26.07.1930, destinado a impedir que

¹⁷ Idem, p.543.

¹⁸ RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*, Madrid: Reunidas, 1991, Ibidem, p. 12.

¹⁹ DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. In: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra, 1998, p. 324.

²⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito. Introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 16.

coalizões e empresas influenciassem os preços, trazendo perigo à economia nacional, bem como o Decreto de 16.01.1931 sobre a fixação dos preços dos artigos de marca.²¹

Nos países ditos socialistas, onde os meios de produção se encontravam sob o monopólio estatal, também aparece um direito penal econômico, de caráter completamente diverso. Devido às características desse modelo, seu direito penal virá para resguardar os poderes do Estado sobre a propriedade e a produção, protegendo-o de qualquer forma de usurpação ou ameaça.

No Brasil, o Código Penal de 1940 apresentou transformações no sistema de penas na Parte Geral e ampliou significativamente o rol dos crimes econômicos como *v.g.*, diversas modalidades de estelionato e o Título III da Parte Especial, que trata dos crimes contra a propriedade imaterial, *nele incluídos os tipos referentes à concorrência desleal*. Além disso, importantes leis penais extravagantes apareceram a partir da segunda metade do último século, comprovando que também no Brasil o impulso desenvolvimentista se dava amparado por um novo arcabouço jurídico-penal.

Desta legislação, talvez as mais representativas de todo o processo de consolidação de um direito penal econômico, inclusive em razão da manutenção de sua validade até os dias de hoje, sejam a Lei 1.521/51, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, a Lei Delegada 4/62, que regula a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, a Lei 4.729/65, que trata do crime de sonegação fiscal e a Lei de Falências de 1945.

Apesar de toda a deficiência técnica, rejeição e descaso com que foi tratado o direito penal econômico em seu início, esta especialização da ordem jurídico-penal não poderia permanecer indefinidamente imune à tendência própria de toda ciência de racionalizar seu objeto, por mais irracional que pareça. Assim, no início da década de 1950 já não se podiam desconsiderar os problemas teóricos e práticos em torno do direito penal econômico, nem subestimar a relevância dos mesmos.²²

2.1 Contornos da sociedade de risco contemporânea e criminalidade econômica

O desenvolvimento da sociedade pós-industrial aliado ao fenômeno da globalização, caracterizado pela ampla capacidade de integração mundial, pelo dinamismo das relações

²¹ RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Ibidem, p. 38.

²² AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho Penal Económico*. Ibidem, p. 15.

econômicas, por significativos avanços tecnológicos do sistema produtivo e das comunicações, em muito contribuiu para o advento da chamada sociedade de risco, objeto de estudo do sociólogo alemão Ulrich Beck.²³⁻²⁴ Levando em conta a evolução histórica da humanidade, o sociólogo da Universidade de Munique concluiu que a sociedade pós-industrial, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual, chegando-se a uma dimensão de novos riscos coletivos. Daí a expressão sociedade de risco (*Risikogesellschaft*). Segundo o seu postulado:

En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.²⁵

Este modelo de sociedade manifesta-se em duas vertentes: por um lado, nos riscos da modernização que delimitam os contornos da sociedade de riscos e que se precipitam como perigos irreversíveis para as plantas, os animais e as pessoas e por outro, em um panorama que se apresenta quando se situa no centro de atenção as contradições iminentes entre a modernidade e a contra-modernidade no plano da sociedade industrial.²⁶

Evidentemente que, na perspectiva do direito penal, existe um interesse especial na vertente que marca os riscos da modernização e estes riscos não implicam uma diminuição de perigos para as pessoas, embora diminua o número de delitos violentos, tal como se afirma sobre o processo de civilização.²⁷

A explicação da criminalidade econômica em uma sociedade de riscos permite afirmar sua relação com a atividade econômica das sociedades modernas e negar sua redução ao âmbito dos delitos contra os bens. Nesse sentido, por exemplo, a criminalidade econômica abrange âmbitos dos denominados delitos contra as pessoas e dos delitos de perigo (v.g.,

²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003a, p. 28.

²⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 27: “Tomando por base a evolução histórica da humanidade, Ulrich Beck, concluiu que a sociedade pós-industrial, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual, chegando-se a uma dimensão dos novos riscos coletivos. Daí porque se utiliza da expressão sociedade do risco (*Risikogesellschaft*)”.

²⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1993, p.27.

²⁶ Idem, nota 6, p. 18.

²⁷ ELIAS, *Über den Prozess der Zivilisation* (1939), Frankfurt a. M., 1976. *Apud*: BACIGALUPO, Enrique (dir). *Curso de Derecho Penal Economico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A, 2005, p. 22.

infrações relativas ao meio ambiente e ao risco dos trabalhadores) que, de forma indireta, estabilizam expectativas normativas sobre estes mesmos interesses (vida, saúde, integridade física, condições de vida) quando sua efetivação está vinculada a comportamentos próprios a atividade econômica e da empresa.²⁸

Em se tratando de criminalidade econômica não se pode olvidar a influência do planejamento econômico em um sistema de livre mercado, embora dele não há que se extrair apenas um único fator de incremento da criminalidade. Com efeito, é certo que a burocratização do sistema econômico estimula comportamentos delitivos em dois sentidos diferentes: por um lado, mediante as regulamentações de deveres econômicos relativos ao Estado (sonegação de impostos, crimes contra a economia submersa), por outro, mediante a sanção de atividades irregulares no âmbito da atividade econômica nos que produzem uma intervenção estatal (corrupção de funcionários com deveres relacionados à intervenção econômica na vida econômica). Sem embargo, a intervenção estatal na vida econômica também representa um sistema de controle destinado à proteção do bem comum em detrimento a outros riscos que a sociedade considera insuportáveis de maneira tal que é correto pensar que o perigo da corrupção do próprio sistema de controle não faz suportar os prejuízos que decorreriam de sua supressão.

Diante desse contexto, fala-se em expansão do direito penal na medida em que afete à concepção clássica das garantias próprias do direito penal como a crise no princípio da legalidade, como exemplo a relativização do mandato de determinação e de culpabilidade ou mesmo o debate em torno da responsabilidade penal das pessoas jurídicas assim como a “administrativização” do direito penal. Nessa perspectiva propõe-se o direito de duas velocidades que suporia a manutenção das garantias qualificadas para a parcela do direito penal que permite a imposição de penas privativas de liberdade. Essas propostas, entretanto, também têm sido atacadas considerando-as como uma resistência à modernização do direito penal adequada às exigências políticas de nosso tempo.

A existência de um direito penal econômico e sua legitimidade para criminalizar determinados comportamentos está definitivamente posta em discussão na medida em que se reconhece que para além da utilização de tipos clássicos de crimes tradicionalmente consagrados na legislação repressora o lançar mão do aparato criminal estatal para reprimir

²⁸ BACIGALUPO, Enrique (dir). *Curso de Derecho Penal Economico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A, 2005, p. 22.

condutas consideradas antieconômicas soaria como hipercriminalização contrária às ideias que a política criminal moderna aponta.

Além do mais, na medida em que estão em jogo interesses pouco concretos, já que, em vez de bens jurídicos individuais seriam violados interesses supraindividuais, valores econômico-sociais que mal se concretizam ou individualizam e de que são portadores, vítimas abstratas ou distantes, o próprio juízo da sociedade é de tolerância e de compreensão para a maior parte das violações da vida econômica.²⁹

Pretende-se ainda que a chamada criminalidade econômica seja inerente ou a contrapartida necessária da prosperidade no sistema capitalista e que não poderia debelar-se sem atingir seu próprio desenvolvimento.

Contra essa concepção de matiz profundamente individualista, liberal ou de mercado livre, ponderou-se, porém, de muitos lados, na necessidade de uma intervenção legislativa mesmo de natureza criminal, dado o número de fraudes e a grandeza dos prejuízos que a chamada criminalidade econômica causa em sociedades altamente industrializadas: seria mister restabelecer a estabilidade e a moral econômica, bem como a confiança do público nas práticas comerciais e no funcionamento das instâncias político-sociais de intervenção.³⁰

2.2 O Direito penal em face da globalização e integração supranacional

O exame da resposta jurídico-penal à delinquência gerada pelos fenômenos da globalização e da integração supranacional passa, segundo o Professor Silva Sánchez³¹ pelo exame dos mecanismos atuais e futuros de cooperação internacional a partir de uma concepção estática dos ordenamentos nacionais vigentes. A outra perspectiva possível, segundo ele, é avaliar até que ponto a delinquência da globalização pode modificar a tradição conceitual da teoria do delito assim como as garantias formais e materiais do direito penal e do direito processual penal. E chega a questionar quais as modificações que o direito penal clássico e seus princípios político-criminais seria capaz de experimentar em virtude da globalização e da chamada integração supranacional.

²⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Penal Econômico e Europeu. Textos doutrinários. Vol I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 296-297.

³⁰ Idem, p. 298.

³¹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Teoria Geral da Tutela Transindividual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coleção doutrinas essenciais: Direito Penal econômico e da empresa; v. 1, 2011.

O desafio seria então a imposição de limites ao legislador ao colocar determinado bem jurídico sob o manto do direito penal, buscando um equilíbrio entre a função de prevenção do direito penal e os princípios democráticos assegurados pelo direito. Ademais, para corresponder aos seus ideais, o direito exige cada vez mais, ser considerado sob um prisma não apenas estritamente formalista, na dinâmica social, mas sim absorvendo valores, atrelado à sua finalidade que é a realização da justiça.

Aníbal Bruno já sustentava em sua clássica obra *Direito Penal* que o direito penal não poderia prender-se exclusivamente ao rigor técnico, distanciando-se da realidade. Nesse sentido, em mais de uma passagem, defende o valor da crítica, que retira inspiração dos princípios da dogmática, do da política criminal e nas ciências causais-explicativas do crime, para manter a atualização do direito.

[...] a maioria dos dogmáticos refutariam essa posição da crítica dentro da ciência do direito penal. Mas é ela que concilia, como vimos, o rigor da técnica com o sentido das forças empíricas que movem o fenômeno do crime, e sem deformar o Direito como ele realmente existe, estabelece uma relação entre o presente e o futuro, útil à compreensão que poderíamos chamar evolutiva do direito e hoje mais do que nunca justificada, quando os Códigos penais, com as concessões que têm feito às exigências fundamentais da corrente de inspiração naturalista, revelaram que o Direito Penal está dentro de uma renovação profunda nesse sentido do histórico, cerrando o Direito vigente como coisa acabada e entorpecendo-lhe o movimento para a sua evolução e transformação oportunas, o que nos levaria, por fim, por caminhos diversos, à ideia de um Código ideal, perpetuamente válido, contra o qual valeria renovar a batalha que Savigny conduziu através do historicismo.³²

O direito penal da globalização e da integração supranacional será, assim, um direito desde logo menos garantista onde serão flexibilizadas as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Neste ponto, portanto, o direito penal da globalização não fará mais do que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas leis mais recentes em matéria de luta contra a criminalidade econômica, criminalidade organizada e corrupção. Tal perspectiva baseia-se em constatações elementares. Por um lado, a globalização dirige o direito penal demandas fundamentalmente práticas, no sentido de uma abordagem mais eficiente da criminalidade. Trata-se, na verdade, de dar uma resposta às exigências do poder político ou das instâncias judiciais, impotentes na luta dos ordenamentos nacionais contra a criminalidade transnacional.

³² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. I, pp. 41-42.

Para Silva Sánchez, sendo a delinquência da globalização, em sentido amplo, essencialmente econômica, a reflexão jurídico-penal tem, pela primeira vez, como objeto de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (homicídio ou crimes patrimoniais). Trata-se de crimes classificados criminologicamente como *crimes of the powerful* (de sujeitos poderosos); de delitos que não têm ainda uma regulamentação suficientemente consolidada e de delitos cuja dogmática encontra-se parcialmente pendente de regulamentação. A exigência de responder à globalização e sua peculiar delinquência é concebida a partir de um rearmamento jurídico-penal para fazer face a modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança não apenas nos indivíduos como também, e de modo muito especial, aos Estados.

Com efeito, do ponto de vista estrutural, as características mais significativas da criminalidade da globalização são, por um lado, a *organização*, ou seja, nela intervêm uma gama de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja aquelas já incluídas na forma estrita da organização criminal. A separação que isso produz entre execução material direta e responsabilidade determinada, mesmo assim, que o resultado lesivo possa aparecer significativamente separado, tanto no espaço como no tempo, da ação e dos sujeitos mais relevantes no plano delitivo. Desde o ponto de vista material, a criminalidade da globalização é, portanto, criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados assim como de corrupção de funcionários públicos e governantes são traços evidentes.³³

José Faria da Costa chama a atenção para o fato de que, se a noção de Estado nacional entrou em crise por tantos lados, imperioso notar que essa mesma crise repercute, indubitavelmente, sobre o próprio direito penal, de maneira que a resposta à criminalidade, desde a gênese do atual Estado moderno, tem sido encabeçada unicamente pela própria estrutura e intencionalidade jurídico-política decorrentes, precisamente, desse mesmo Estado moderno.³⁴ Ainda segundo o citado professor português, a criminalidade econômica tem cada vez menos espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre. Efetivamente, se até aos anos oitenta essa mesma criminalidade tinha plúrimos territórios onde se desenvolvia, hoje, está cada vez mais em lugar nenhum, de sorte que, não obstante o efeito desvalioso se produzir, é certo em um ou em vários territórios nacionais, é indiscutível que procurar ou

³³ SÁNCHEZ, Ibidem, p. 115.

³⁴ COSTA, José de Faria. *O fenómeno da globalização e o direito penal económico. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 98-99.

destrinçar quem é quem, por exemplo, na cadeia de autoria se torna, não só tarefa labiríntica mas também atitude ou empenhamento, por banda da Polícia, Ministério Público e Juízes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo.³⁵ Nesse sentido, poder-se-ia dizer que esse tipo de criminalidade tem a qualidade ou característica de não ter *locus delicti*, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local do crime.

Figueiredo Dias, ao tratar do papel do direito penal na proteção das gerações futuras, afirma ser indispensável nesse tempo pós-moderno uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política, uma vez que está em jogo a própria subsistência da vida no planeta e é preciso, caso queiramos oferecer uma chance razoável às gerações vindouras, que a humanidade se torne sujeito comum da responsabilidade pela vida.³⁶ O autor aponta a autorregulação social como forma, por excelência, de oferecer um futuro à humanidade perante os novos e grandes riscos que sobre ela pesam. Segundo ele, o Direito perderá a palavra na sociedade do futuro; numa sociedade onde tanto no domínio dos princípios, como no dos efeitos ou consequências não haverá mais lugar para um pensamento que deixa as coisas acontecer para depois tentar remediá-las e cuja intervenção é por isso por essência retrospectiva e não prospectiva, conservadora e não propulsora, aniquiladora e não protetora das vítimas do sistema, que somos todos nós.³⁷

A autorregulação, apesar de festejada como solução, é, paradoxalmente apontada pelo autor como uma utopia, pois, em linhas gerais, significaria pedir ao *mercado* – na verdade, o mais autêntico produtor das dificuldades e desesperanças da sociedade técnica industrial – o remédio para a doença que ele próprio inoculou. Uma verdadeira autorregulação implicaria pedir a milhões de pessoas que se decidissem voluntariamente a renunciar a todo um modelo de vida que faz do consumo o seu próprio motor e do aumento da produção o orientador de quase todo o conhecimento. Para alcançar esse desiderato se serviria da eliminação de toda a heterorregulamentação e do elemento de coação que inevitavelmente a acompanha, conduzindo deste modo à prescindibilidade já não apenas do direito penal, mas de todo o direito.³⁸

³⁵ COSTA, José de Faria, Idem, pp. 99-100.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 604.

³⁷ Idem, p. 605

³⁸ Idem, p. 605

2.3 Fundamentos da aplicação das penas no Direito Penal Econômico

Dado que as consequências jurídicas do delito no direito penal moderno são as penas e as medidas de segurança, a primeira é a mais antiga e importante das consequências. Sua aparição é coincidente com a do direito penal. A polêmica em torno dos fundamentos e fins da pena segue em aberto embora as teorias penais sejam inúmeras e tenham suas raízes mais profundas na antiguidade clássica.³⁹

Para as teorias absolutas das penas, das quais Kant e Hegel são seus expoentes, a justificação da pena reside exclusivamente no delito cometido de maneira que a pena seria a retribuição, ou seja, a compensação do mal causado pelo delito. A lesão que se impõe ao delinquente não só é em si justa como a expressão de sua vontade racional, expressão de sua liberdade, seu direito e nesse sentido o delinquente estaria sendo honrado como ser racional.⁴⁰ Os representantes das teorias absolutas acreditam que se a pena se justificasse por seus efeitos preventivos, ou seja, por razões utilitaristas, seria utilizada como instrumento para consecução de fins sociais implicando em menoscabo em sua dignidade humana.

Diversamente, as teorias relativas, sustentadas por penalistas do iluminismo como Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi e Feuerbach, fundamentam a pena em sua necessidade para evitar o cometimento de delitos futuros. A pena justifica-se por seus efeitos preventivos. Dentro dessa prevenção distinguem-se a prevenção geral e a especial. A prevenção geral identifica-se, tradicionalmente, com a intimidação. A ameaça e a aplicação da pena podem infundir temor aos possíveis delinquentes e posicioná-los no sentido de absterem-se de cometer delitos. Nela inclui-se também a função da exemplaridade da pena por meio da qual as normas penais atuam em caráter pedagógico eis que sancionam em torno das normas fundamentais e de ética social. A prevenção especial, a seu turno, implica uma atuação sobre a pessoa do delinquente visando evitar que ele volte a delinquir no futuro.

As teorias unitárias, que possuem raízes em Aristóteles e Santo Tomás de Aquino e têm sido defendidas com diversas variantes, reconhecem que a retribuição constitui a essência da pena, pois consideram que esta há de perseguir ao mesmo tempo os fins da prevenção geral e prevenção especial.⁴¹

³⁹ MIR. José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Espanol. Parte General*. 6ª. ed. Editorial Tecnos, 2004, p. 22

⁴⁰ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, par. 100, pp.95-96, Apud MIR. José Cerezo. *Ibidem*, p. 22.

⁴¹ MIR. José Cerezo. *Idem*, p. 28.

Jorge Figueiredo Dias ao defender o fundamento da aplicação das sanções no direito penal econômico enfatiza que num Estado de Direito de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos, do sentido e dos limites das penas deve partir de uma concepção de prevenção geral de integração, ligada institucionalmente a uma pena da culpa, a ser executada com um sentido predominantemente de (re) socialização do delinquente.⁴²

A guerra, a inflação, o fechamento dos mercados, a escassez de artigos essenciais, etc., de um lado, e, de outro, as regulamentações ditadas para enfrentar esses fenômenos contribuíram para gerar condições econômicas absolutamente anormais e criaram ao mesmo tempo uma série de possibilidades de grandes ganâncias para os que se colocaram à margem da lei. Para lutar contra o egoísmo humano, para frear a especulação e o afã de lucro, foi necessário sancionar penalmente, sem demora, as infrações das regulamentações econômicas. Mais ainda: como no campo econômico os interessados, habituados a calcular com antecedência todas as contingências de seu comércio, também passaram a calcular friamente as sanções em que poderiam incorrer, o legislador pensou, não sem razão, que seria indispensável dotar o direito penal econômico de um caráter particularmente severo, intimidatório e executivo.⁴³

Numa perspectiva exclusivamente dogmático-jurídica e pondo-se em relevo o peso crescente do tema dos crimes contra a economia na experiência jurídica contemporânea, percebe-se, nitidamente, no plano legislativo de vários países, independentemente da estrutura econômico-social, um considerável aumento de normas incriminadoras e sancionadoras de ilícitos em matéria econômica. A par de áreas afins, v.g. O direito penal do ambiente, o direito penal econômico perfila-se, assim, como uma das raras áreas do ordenamento jurídico-penal onde a vertente da neocriminalização sobreleva claramente a influência do movimento geral da descriminalização. Idêntica constatação vale para o plano político e científico, sendo hoje inabarcável a literatura criminológica e dogmática centrada sobre o tema da criminalidade econômica. Tema que, aliás, não tem deixado de atrair a atenção de Organizações internacionais, com destaque para a ONU e Conselho da Europa.⁴⁴

A semelhança existente entre a definição do direito penal econômico sobre a base da criminalidade econômica e os estudos de criminologia ou de sociologia criminal é evidente.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 377.

⁴³ AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959, p. 24.

⁴⁴ COSTA, José de Faria. *Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 347-348.

Nesse sentido, é ilustrativo o exemplo da criminalidade organizada: desde os primeiros momentos, a criminalidade econômica foi considerada como crime organizado e é indiscutível que o desenvolvimento da criminalidade organizada não é estranho ao da criminalidade econômica. Sem embargo, desde uma perspectiva histórica como em uma visão da situação na atualidade, existem nítidas diferenças entre um tratamento criminológico da criminalidade econômica e um estudo fundamentalmente normativo, que repercutem também no objeto de estudo.

A origem do estudo da criminalidade econômica em relação à denominada delinquência de colarinho branco é indiscutível. Sem embargo, não se deve olvidar que o fundamento das investigações da delinquência de colarinho branco é a informação sobre os delitos cometidos por pessoas pertencentes a classes socioeconomicamente altas em um momento histórico determinado. Na contraposição entre a delinquência de colarinho branco e a delinquência de colarinho azul concorrerá sem dúvida uma de visão crítica da sociedade especialmente adequada para uma carga ideológica determinada. Com o decurso do tempo, produzir-se-á uma desmistificação da teoria originária, posto que a criminalidade de colarinho branco haverá se democratizado, pois mesmo quando é certo que a delinquência de colarinho branco que resulta especialmente lucrativa desde um ponto de vista econômico só pode ser realizada por um setor limitado da população, as possibilidades sociais de acesso são muito diversas. Portanto, a ideia de criminalidade econômica que, na atualidade, constitui o objeto político-criminal do direito penal econômico não é coincidente com a delinquência de colarinho branco.⁴⁵

A problemática dos crimes de colarinho branco foi abordada pela primeira vez no âmbito da criminologia pelo sociólogo norte americano da Universidade de Indiana *Edwin Hardin Sutherland* em um artigo denominado *White collar criminality*, publicado na *American sociological review*, em 1940. Sutherland criou o termo *white collar crime* para dar ênfase à posição social dos criminosos - que seria fator determinante do tratamento diferenciado - e trouxe para o campo científico o comportamento de empresários, homens de negócios e políticos como autores de crimes profissionais e econômicos, o que antes não ocorria. Chegou a comparar os grandes grupos empresariais aos nazistas, em razão da propaganda organizada que realizavam visando difundir sentimentos favoráveis a eles em

⁴⁵ BACIGALUPO. Enrique. Ibidem, pp. 26-27

toda a população. Defendia a livre concorrência mas sem a utilização de práticas ilegais e abusivas.⁴⁶

2.4 O simbolismo, a “administrativização” do Direito Penal e o modelo político-criminal refratário da Escola de Frankfurt

A consolidação da sociedade de risco impacta definitivamente a compreensão do direito penal diante desse novo cenário de molde que a norma penal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos favorecendo, em face das peculiares características desses chamados riscos contemporâneos, a difusão do discurso da extensão do direito penal. Assim, o direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção e inibição de atividades no momento antecedente à causação de um mal, antes mesmo da afetação direta ao bem jurídico tutelado onde o desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação.

Esse giro dogmático com repercussão na legislação penal traz à baila uma nova discussão sobre o sistema penal e seu papel orientador da política criminal, gerando diferentes e conflitantes propostas metodológicas de construção do direito penal,⁴⁷ sobretudo aquelas que são francamente refratárias à ideia da adoção de tipos de perigo abstrato para fazer face a essa nova demanda.

A expressão “expansão do direito penal” converteu-se em um *topos* característico do atual debate político criminal. Com esta referência à expansão, o que se quer salientar, essencialmente, é que, do ponto de vista político-criminal, não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas por um claro processo crescente de criminalização que, por outro lado, tendo em conta o horizonte atual de reformas, parece não ter fim.⁴⁸

Este processo, como já antedito, tem sido denominado “administrativização do direito penal”, tratando-se de um fenômeno característico do direito penal moderno do qual tem se ocupado especialmente Silva Sánchez.⁴⁹ Profundo analista das dinâmicas evolutivas do direito penal, o Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra, Espanha, tem tratado

⁴⁶ SUTHERLAND, Edwin H. White collar crime: the uncult version. Yale. Yale University Press, 1983.

⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. 2ª. ed. Rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 99-100.

⁴⁸ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Sobre a “administrativização do direito penal na ‘sociedade de risco’*. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Revista *Liberdades*. IBCCrim. n. 7. Maio-agosto 2011. p. 23.

⁴⁹ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª. Ed revista e ampliada. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, p.145.

este processo de administrativização como um dos grandes problemas político-criminais modernos, pois, segundo ele, “pode-se afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais o assumir, em ampla medida, a forma de raciocínio tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de administrativização em que, em nosso juízo, está imerso o direito penal. Isto poderia ser levado ainda mais longe: afirmando não só que o direito penal assume o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório, mas também que se converte, inclusive, em um direito de gestão ordinária de problemas sociais”.

Movidas pela tônica de que, em matéria penal, a intervenção estatal deve ser a menor possível para assegurar o máximo de liberdade ao indivíduo e partindo da premissa de que o direito penal deve incidir apenas sobre condutas que violem de maneira agressiva os bens jurídicos indispensáveis ao bem comum como a vida, a saúde e a propriedade, as propostas da Escola de Frankfurt são resistentes a essas alterações sejam elas de cunho legislativo ou dogmático, de maneira que esses riscos oriundos das novas tecnologias somente serão alvo do direito penal se afetarem efetivamente os bens jurídicos mencionados.

Hassemer parte da constatação de que o direito penal atual, procurando minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos, altera substancialmente seus conceitos dogmáticos e logo estaria se afastando de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social, tornando-se um instrumento em busca de controle dos grandes problemas da sociedade atual, como proteção ao meio-ambiente, à saúde pública, da ordem econômica e da política exterior.⁵⁰ Segundo a sua ótica, o direito penal, por intermédio de uma operação de esvaziamento do bem jurídico, passa a desempenhar uma função meramente simbólica de sinalizar a segurança em situações problemáticas fugindo, assim, ao seu escopo inicial de maneira que o contexto social de risco ressaltaria a utilização unicamente funcional do direito penal, o que conduziria à sua desformalização e conferiria flexibilidade a seus institutos que, se por um lado permitem que este instrumento de controle social acompanhe a dinâmica do desenvolvimento de novas tecnologias, por outro, afasta-o das garantias constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito.⁵¹

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado*, Barcelona, 1997, Editorial Bosch, p. 34.

⁵¹ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. Revista del Poder Judicial, Madrid, n. 43, 1996, p. 81.

Assim, Hassemer defende a exclusão do direito penal das normas direcionadas a condutas que não afetem significativamente este núcleo básico de direitos individuais. Estas normas comporiam uma outra esfera de regulamentação de riscos, denominada direito de intervenção, situado entre o direito administrativo e o direito penal, que teria por finalidade controlar e inibir os riscos oriundos das novas tecnologias, por meio da proibição de condutas perigosas e da proteção de bens jurídicos coletivos.⁵²

Na mesma esteira, os autores da Escola de Frankfurt apontam que o direito penal seria incapaz de conter os novos riscos e sua função seria meramente simbólica e pouco significativa para o enfrentamento dos problemas atuais.⁵³

A imprecisão dos contornos do chamado direito de intervenção decerto poderia ensejar a prática de abusos sob o pretexto da contenção eficaz dos riscos razão pela qual seria mais apropriada uma discussão mais ampla e reflexiva em torno dos parâmetros propostos para a incidência dessas normas de intervenção. Ademais, essa linha de autores que, assim como Hassemer, defendem o direito de intervenção acaba por fomentar uma espécie de direito penal de classes subjacentes, direcionando o direito penal ao delinquente tradicional, oriundo das camadas marginalizadas da população em detrimento daquelas condutas perpetradas pelas classes dominantes e mais abastadas, responsáveis pelos delitos do novo direito penal. Assim, o direito de intervenção serviria como uma “cortina de fumaça” que abrigaria a criminalidade econômica, os crimes de colarinho-branco, os ilícitos ambientais, afastando a pecha de delinquentes aos praticantes de tais atos e qualquer ameaça de restrição de liberdades.⁵⁴

Ao abordar o tema, Eduardo Correia defende a ideia de que determinados comportamentos estariam sujeitos ao que chama de controle por meio de direito de mera ordenação social. Para este autor, a planificação econômico-social que vise uma melhor produção e distribuição da riqueza ou um acesso mais amplo à cultura, como em geral as providências destinadas a promover o bem-estar, tendem, em muitos aspectos, a ter cada vez mais *ressonância moral* na consciência dos indivíduos suficientes a atrair as violações dos

⁵² HASSEMER, *La responsabilidad*, p. 43 e ss. Apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 102.

⁵³ PRITTWITZ, Cornelius. *Società del rischio e diritto penale*. Apud STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi (Org). *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*. Atti del Convegno di Toledo del 13-15. aprile 2000. Milano: Giuffrè, 2004. p. 405.

⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Idem p. 103.

respectivos imperativos para o campo de um ilícito eticamente fundamentado, a respeito do qual seja possível falar-se de uma censura moral, quer dizer para um direito criminal.⁵⁵

Ocorre que uma tal ressonância moral, uma tal atribuição de dignidade ético-jurídica aos interesses que o Estado, na sua veste social, promove, não se afirma, em todos os casos, e muito menos relativamente a formas indiretas e longínquas de realizar a promoção daqueles interesses de molde que os agentes dessas infrações, muito embora possam, de algum modo, revelar uma certa associalidade, estariam muito longe de merecer um juízo ético-jurídico de censura.⁵⁶

⁵⁵ CORREIA, Eduardo. *Direito Penal e direito de mera ordenação social*. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1973, p. 266.

⁵⁶ Idem, p. 266.

3 A METODOLOGIA DA DOGMÁTICA PENAL NA DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO

O conceito de bem jurídico, ao emergir da limitação à intervenção penal, representa um importante termômetro para que se afira estar a dogmática penal e consonância com o Estado Democrático de Direito, o que representa, em última análise, a investigação da própria conformação política do Estado em si mesmo, já que, se a violência da pena, que traz como consequência inafastável a lesão a direitos fundamentais, não estiver retida em face de critérios limitadores – dentre eles o critério do bem jurídico – o Estado será politicamente qualificado como totalitário.⁵⁷

As construções dogmáticas em torno do conceito de bem jurídico se estendem ao largo de mais de dois séculos.⁵⁸ No século XIX Feuerbach não formulou um conceito de bem jurídico, todavia, estabeleceu as bases para a noção de bem ao tratar da lesão jurídica que *contradiz o objetivo do Estado* como fundamento da liberdade da sociedade civil. Para o autor “quem excede os limites da liberdade jurídica, comete uma lesão jurídica ou injúria”.⁵⁹ Sua tese possibilitou a construção da teoria do bem jurídico, mormente porque se buscou, em última análise, o objeto de proteção do direito penal e a crítica lançada sobre o esse objeto apontado por Feuerbach foi decisiva na construção da noção de bem jurídico.

Birnbaum foi o primeiro autor a conceber o bem jurídico na dogmática penal com a ideia de bem jurídico material. Para Cláudio Brandão:

O conceito de bem jurídico foi formulado em 1834, por Birnbaum, inspirado nas ideias iluministas e liberais dos séculos XVIII e XIX. Esse conceito surgiu como uma forma de limitar o poder penal do Estado. Quando se afirmava que o crime era uma violação ao bem jurídico, expurgava-se do Direito Penal as meras violações à lei moral ou às leis religiosas.⁶⁰

Na concepção de Birnbaum o direito estaria situado em um plano especificamente seu, no plano ideológico, de modo que a violação como fato do mundo concreto, atingiria, apenas, os objetos de tutela do direito, não o próprio direito. Nas palavras do autor:

⁵⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 114.

⁵⁸ POLIANO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico em la teoría del delito*. Corrientes: Mave. 2000. p. 329, Apud BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático* (2012), p. 115.

⁵⁹ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, p. 64.

⁶⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 126.

El concepto natural de lesión parece ser aquel com el cual lo referimos a una persona o una cosa que concebimos como nuestra, o a algo que para nosotros es um bien, que la acción de outra persona puede sustraer o disminuir. [...] Al fijar el concepto de delito se há tenido em cuenta el rasgo de la lesión de derechos, antes que la exigencia de la violación de uma ley penal.⁶¹

Para Figueiredo Dias, Birnbaum visava – com a categoria de bem jurídico – abranger “um conjunto de substratos”, acentuadamente, de caráter liberal, no sentido de oferecer segurança para a punição dos comportamentos que a ele fossem ofensivos.⁶²

Avulta-se do pensamento de Birnbaum uma forte influência jusnaturalista ao conceber o bem jurídico como uma categoria de “pré-judicialidade”, cuja existência é anterior à tutela da ordem jurídica.

Binding parte da premissa de que o crime consiste na lesão a um direito subjetivo do Estado, porquanto “toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes”.⁶³

Para Binding:

É bem jurídico tudo que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda, perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas.⁶⁴

Von Liszt, representante da Escola de Marburgo, de influência positivista, cunhou o conceito de bem jurídico como a função central da dogmática jurídico-penal, que tutela todos os interesses protegidos. Todavia, não sem antes estabelecer a distinção entre os interesses dos bens de uma pessoa, individualmente considerada e os interesses dos bens comuns a toda a coletividade.⁶⁵

Com efeito, em última instância, para este autor, o bem jurídico, enquanto objeto de tutela do Direito, é pressuposto da existência humana, nas suas diversas expressões. Não obstante, o princípio do bem jurídico estabelece os limites materiais para o exercício do *ius*

⁶¹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos pra el concepto de delito*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2010, p. 35.

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

⁶³ KAUFMANN, A. *Teoria de las normas*. Tradução Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 14.

⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 65.

⁶⁵ *Idem*, p. 27.

puniendi do Estado-Juiz, no escopo de impedir o estabelecimento de crimes e respectivas penas sem uma base estrutural da tutela de um determinado bem jurídico. Daí, resulta legítima, a função de atuação do direito penal.

A escola de Baden estabeleceu as bases metodológicas de bem jurídico, de cunho normativista, vinculada aos desígnios do pensamento neokantiano, como reação aos postulados do legalismo e do positivismo. Com efeito, esta escola parte da vertente teleológica entre o ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*) cuja concepção faz dos bens jurídicos *fórmulas interpretativas* dos tipos legais de crime.⁶⁶

As escolas de Maburgo e Baden contribuíram, significativamente, para o amadurecimento da atual concepção de bem jurídico. Com efeito, no Estado Democrático de Direito a autonomização das teorias do bem jurídico serão um porto seguro, enquanto metodologia, para explicar a dogmática jurídico-penal, em uma perspectiva material. Até porque não há como se interpretar o tipo penal, no âmbito da dogmática penal de um Estado Democrático de Direito descurando-se da noção de bem jurídico, sobretudo pelo fato de o tipo, ao descrever e delimitar na lei, conceitual e abstratamente, o âmbito da conduta proibida, exerce um limite inequívoco à intervenção penal.

3.1 A ordem econômica como bem jurídico-penal difuso, seu fundamento e alinhamento aos princípios constitucionais

A Constituição, em seu aspecto de força motriz propulsora de irradiações vinculantes decorrentes de seus valores fundamentais, visa a proporcionar a concretização destes no âmbito normativo infraconstitucional, cujo especial interesse para nós é a positivação irrogada pelo direito penal e mais ainda no delineamento dos bens jurídico-penais.⁶⁷

A exigência de aferição desses valores constitucionais pressupõe um conceito material de Constituição, assim entendida, no magistério de Canotilho,⁶⁸ “seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada – a italiana – o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ibidem.*, 2001, p. 44.

⁶⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, 2010, pp. 1.013-1.014.

exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes, respectiva prossecução e concretização algumas vezes para além da própria constituição escrita.”

O aspecto material da Constituição é que possibilitará a dedução de parâmetros que subjazem ao estabelecimento de seus valores, visto que a “Constituição regula, mas não codifica”,⁶⁹ e a “base do raciocínio que visa identificar os valores fundamentais ou superiores da Constituição radica na descoberta dos elementos teleológicos do documento”.⁷⁰

A partir do exame dos valores ou *sistema de valores*, busca-se desvelar as opções ético-sociais da comunidade jurídico-política representadas naqueles valores. Essa tarefa, empreendida por Maurício Antônio Ribeiro Lopes, consigna que os valores fundamentais ou superiores da Constituição pátria podem ser extraídos do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais (Título I), dos Direitos Fundamentais (Título II), da Ordem Econômica e Financeira (Título VII) e da Ordem Social (Título VIII).

Para Maurício Antônio Ribeiro, a “premissa para exame dessa interpretação, por critérios metodológicos, prende-se em especial ao exame da jurisprudência dos valores da Constituição em alguns dos principais Tribunais incumbidos (com exclusividade ou não) da guarda da Constituição e que se desenvolveu, principalmente, a partir da segunda metade deste século”. Ressalta, ainda, o autor a importância da forma de interpretação da Constituição, pois, segundo ele, “Não existe valor constitucional que resista na sua capacidade de determinação do conteúdo do direito infraconstitucional sem que exista uma interpretação da Constituição voltada para a confirmação daqueles valores”.

Considerando que a legitimidade da intervenção jurídico-penal está diretamente ligada à tutela de bens jurídicos fundamentais à convivência social previstos na Constituição, o estudo da ordem econômica enquanto bem jurídico difuso terá necessariamente de coadunar-se aos ditames da Lei Maior. Com efeito, enquanto o conceito dogmático de bem jurídico consistente no interesse protegido por determinada norma, o conceito político-criminal, carregado de cunho crítico, vai restringir o poder incriminador do Estado atuando como baliza para o legislador. Contrário senso, há quem afirme que, ao invés de limitar a intervenção estatal, a noção de bem jurídico serviria de base legitimadora de sua expansão fundamentando novas incriminações do direito penal econômico e ambiental.⁷¹

⁶⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito Penal, Estado e Constituição*. São Paulo. IBCCrim, 1997. p. 167.

⁷⁰ Idem, p. 135.

⁷¹ Cf. GRECO, Luiz. “*Princípio da ofensividade*” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as suas estruturas do delito. RBCCrim 49/96-97. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

Ao se indagar acerca da possibilidade de se conceberem delitos que não afetem um bem jurídico-penal, Winfried Hassemer afirma que a reprovação penal de uma conduta sem que esteja lastreada na necessidade de proteção de um bem jurídico seria terror de Estado. Tal intromissão na liberdade humana de atuação careceria de legitimidade, visto que não se poderia identificar nenhuma concreta finalidade apta a lhe atribuir sentido.⁷²

Inspirada em princípios do estado Liberal e do Estado Social, que resguardam direitos individuais e estabelecem limites ao *jus puniendi* estatal, refletindo, assim, a própria conformação do direito penal moderno, paradoxalmente, a Carta de 1988 também consagra preceitos que nos remetem à ampliação da intervenção jurídico-penal na medida em que amplia o universo de bens objeto de sua proteção, neles incluindo os de natureza supraindividual.

A par dessa constatação não se pretende afirmar que a Constituição consagra expressamente um catálogo exaustivo de objetos de tutela. Em verdade, compartilha-se do entendimento segundo o qual estes bens jurídicos devem estar nela pressupostos, expressa ou implicitamente, hipótese em que hão de ser dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica. Em outras palavras, é possível conceber bens jurídicos dignos de tutela penal, ainda que não desfrutem de previsão constitucional expressa, desde que se coadunem com valores primordiais nela consagrados, observem vedações a certas incriminações extraídas de seu texto e apresentem um caráter instrumental, figurando como meio necessário à tutela de bens fundamentais manifestos.⁷³

Apesar da constatação do caráter implícito de certos bens jurídicos, a ordem econômica, diversamente, encontra-se consagrada no Título VII, denominado “Da ordem Econômica e Financeira”, da Constituição Federal de 1988, do qual se extrai a necessidade de certo grau de proteção a tal interesse difuso.

Enfrentando a problemática da delimitação do conteúdo material do bem jurídico econômico, Renato de Mello Jorge Silveira entende que a proteção da ordem econômica abarca a proteção do sistema financeiro nacional, da ordem tributária, do adequado funcionamento das empresas e do mercado, podendo ainda englobar, por determinação

⁷² HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: Hefendehl, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 103.

⁷³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 23-28.

constitucional, as relações de consumo e o meio ambiente, mencionados, respectivamente, no art. 170, V e VI, da CF/1988.⁷⁴

Uma análise mais ampla acerca do conteúdo deste bem jurídico é feita a partir de uma dupla perspectiva, a conformar duas concepções distintas de direito penal econômico, uma estrita e outra ampla. Em sentido estrito, tratar-se-ia de um conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da intervenção estatal econômica. De outra parte, em sentido amplo, corresponderia ao conjunto de normas jurídico-penais destinadas à tutela da ordem econômica enquanto regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.⁷⁵

Seja como for, a amplitude dessas noções acaba por fornecer ao legislador vasta matéria-prima para a edição de normas incriminadoras. No sistema brasileiro, verifica-se uma profusão legislativa nesta seara, podendo-se mencionar, sem exaurir, a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; a Lei 8.078/90, que estabelece crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei 8.176/91, que delinea crimes contra a ordem econômica, além de criar o sistema de estoques de combustíveis; bem como a Lei 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” de ativos ilícitos ou ocultação de bens, direitos e valores.

É certo que não se pode extrair da Constituição um mandamento de criminalização expresso para a tutela da ordem econômica. Não obstante, entende-se que, do reconhecimento constitucional de sua importância, decorre a necessidade de certo grau de tutela, a qual pode ser concretizada, ainda que não exclusivamente, pelo direito penal. Adota-se, nesse sentido, o entendimento de que a Constituição representa não apenas um limite para a intervenção jurídico-penal, mas também seu próprio fundamento. Ou seja, além de impedir incriminações violadoras dos valores consagrados em seu texto (limite negativo) e de restringir a intervenção jurídico-penal aos interesses por ela reconhecidos como caros à sociedade (limite positivo), a Constituição também indica a necessidade de tutela dos bens jurídicos fundamentais nela consagrados, respaldando a própria intervenção penal para o cumprimento de tal desiderato,⁷⁶ sem descurar dos princípios vetores do direito penal da subsidiariedade e da

⁷⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 26-27.

⁷⁵ BACIGALUPO, Silvina; BAJO, Miguel. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 13-17.

⁷⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003, pp. 55-59.

fragmentariedade, não bastando para incriminação o mero fundamento constitucional de certo bem jurídico.

3.1.1 A tensão entre o direito penal da sociedade do risco e o paradigma penal clássico: princípios da lesividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Dado que o estudo pretende analisar a legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo, tomando como parâmetro a Constituição, revela-se imprescindível a abordagem de princípios que dela emanam, os quais exercem evidente influência na definição dos contornos do sistema penal.

Levando-se em conta esse referencial político-criminal identificamos como cerne do problema a tensão entre a adequação do direito penal aos parâmetros da sociedade mundial do risco e a ameaça a princípios e garantias penais estruturantes do modelo clássico. Segundo Machado, as vias de configuração de um direito penal do risco não se efetivam sem que haja, de uma forma ou de outra, um certo distanciamento, um abrandamento ou um rearranjo dos princípios do direito penal clássico.⁷⁷

Assim, proceder-se-á a abordagem - não exaustiva - do conflito enfrentado por esses princípios e garantias a partir da análise de figuras dogmáticas emergentes, voltadas à prevenção em grande escala de situações problemáticas, quais sejam, a ampliação da tutela penal a bens jurídicos supraindividuais e a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo, especialmente com os crimes de perigo abstrato e os delitos cumulativos.

Como bem expõe SILVA SÁNCHEZ Os delitos cumulativos (*Kumulationsdelikte*) encontram-se fundados na tese segundo a qual é possível sancionar penalmente uma conduta individual, ainda que ela não se revele per se lesiva ao bem jurídico, se é factível que tal conduta também se realize por outros sujeitos, de modo que o conjunto de comportamentos venha a desembocar na lesão ao correspondente bem jurídico. Assim, de acordo com esta espécie de incriminação, se, de um lado, cada ação praticada de forma isolada seria insignificante ou de pouca monta para colocar em perigo ou lesionar o bem jurídico, de outro,

⁷⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, p. 178.

na hipótese de realização massiva e generalizada dessa mesma conduta, ter-se-ia um montante global apto a resultar perigoso ao bem jurídico supraindividual.⁷⁸

Sob um enfoque eminentemente preventivo, as aludidas categorias dogmáticas não possuem uma atuação estanque uma das outras. Diversamente, tendo em vista que o direito penal, ao abarcar bens jurídicos tidos como supraindividuais, lança mão, como técnica de incriminação, do adiantamento da tutela penal, mediante o emprego dos crimes de perigo abstrato e dos delitos cumulativos.

É evidente que tanto o conceito de *bem jurídico supraindividual* quanto a teoria funcionalista, aplicada ao âmbito penal, discrepam do pensamento jurídico penal moderno, segundo o qual a finalidade imediata e primordial do direito penal encontra-se assentada na exclusiva tutela de bens jurídicos *individuais*.

A apreensão, na esfera penal, desses bens imateriais e imprecisos em detrimento de um paradigma direcionado à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais, abala tanto a noção clássica de bem jurídico quanto diverge, e frontalmente, de princípios de índole liberal, como os da lesividade ou ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade.

No particular, tal forma de atuação discrepa do postulado clássico da necessidade de dano a um bem concretamente representado – expresso na tese *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*⁷⁹ – e, de conseguinte, da orientação segundo a qual a tutela penal somente deve intervir quando se revelar socialmente necessária à sobrevivência da comunidade, portanto, nos limites da intervenção mínima ou subsidiária e de *ultima ratio*.

A estrutura de imputação associada aos novos riscos, baseada em delitos que prescindem de resultado, está evidentemente distante do clássico postulado da necessária danosidade a bens concretamente representados e referidos diretamente a pessoas. Aliás, é frequente que haja condutas incriminadas com esboço em objetivos funcionais, como a perturbação ao funcionamento ou ao desenvolvimento de um sistema, sem implicar, contudo, ofensa a bem jurídico penalmente protegido.

Evidencia-se, assim, uma mudança do eixo de proteção jurídico-penal, nos termos seguintes: de uma vertente voltada à tutela de bens jurídicos de titularidade individualizada e

⁷⁸ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. A expansão do Direito Penal. p. 121.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 373.

de conteúdo concreto em direção a outro modelo vinculado a uma proteção penal direcionada a bens de titularidade abstrata e de conteúdo amplo.

Ademais, cabe reafirmar que as peculiaridades ínsitas aos bens jurídicos de conteúdo vago e de titularidade *difusa* demandam, de certa forma, o manejo das técnicas de incriminação em esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo – v.g., *crimes de perigo abstrato* e *delitos cumulativos* – delineando, nessa esteira, uma inequívoca tendência ao adiantamento da resposta penal.

Apesar de a maioria dos preceitos fundamentais com reflexos na esfera criminal possam ser extraídos da Constituição da República⁸⁰ o exame ora proposto não se incumbirá do tema em toda sua extensão. Ao contrário, enfocará o princípio da lesividade haja vista a suposta incompatibilidade com os crimes de perigo abstrato, bem como o princípio da intervenção mínima, aparentemente maculado pelo fenômeno contemporâneo da expansão do direito penal, decorrente da edição de novas normas incriminadoras e da flexibilização das regras de imputação.

O princípio da lesividade ou ofensividade, *nullum crimen sine iniuria*, estabelece que a intervenção jurídico-penal somente se justifica para proteger bens jurídicos fundamentais de lesões ou exposições a perigo concreto, do que decorre a necessidade de que toda conduta criminalizada mostre-se apta a vulnerá-los.⁸¹ Se assim não fosse, o ilícito penal passaria a corresponder a mera violação de dever legal, algo incompatível com o Estado democrático de direito brasileiro, de caráter pluralista e laico, que elege como valores fundamentais a tolerância, a dignidade da pessoa humana e a liberdade ao cidadão.

Considerando que os contornos principais deste modelo de Estado defluem da nossa Lei Maior, pode-se dizer que o princípio da lesividade encontra consagração constitucional, ainda que implícita. De fato, “[...] num Estado com essas características, pluralista, que tem na justiça o valor-meta, é evidente que o direito penal não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero 'objeto' de tratamento em

⁸⁰ Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Safe, 1991, pp. 10-12. No que concerne à presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas, Luiz diferencia os princípios constitucionais especificamente penais e os princípios constitucionais apenas pertinentes ao direito penal. Os primeiros são exclusiva e tipicamente penais, refletindo, em geral, as características do Estado Liberal. Como exemplo, pode-se mencionar a legalidade dos delitos e das penas, a pessoalidade da pena, bem como a individualização da sanção penal, entre outros. Os segundos não são propriamente criminais, espalhando-se pelos diversos ramos do ordenamento jurídico. Relacionam-se à necessidade de tutela de bens de relevância social, em consonância com as exigências do Estado Social.

⁸¹ Cf. BOTTINI, Pierpalolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, 2007, p. 202-203.

razão de uma presumida inclinação antissocial, nem tampouco reprimir a mera desobediência. O único modelo de direito penal e de delito compatível com nossa Constituição, em consequência, é o de um direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão”.⁸²

As discussões relativas ao referido princípio adquirem especial relevância na seara dos bens jurídicos supraindividuais, os quais, pela sua própria natureza, estão sujeitos a graves e irreversíveis turbacões, sem que se possa atribuí-las a condutas individualmente consideradas, ou seja, trata-se de comportamentos que, isoladamente, revelam-se inidôneos para lesionar ou expor a perigo concreto o objeto da tutela. Porém, uma vez somados, acarretam-lhe significativos danos. Daí a seguinte indagação: como proteger eficazmente bens jurídicos difusos, prevenindo as referidas condutas mediante a antecipação da tutela penal, sem atentar contra o princípio da lesividade?

Ângelo Roberto Ilha da Silva entende que os crimes de perigo abstrato não afrontam o referido princípio, desde que o perigo ao bem jurídico seja inerente à conduta vedada, segundo as regras da experiência e do bom-senso. Segundo o autor, mister ainda que o objeto tutelado, pela sua própria natureza, só possa ser eficazmente protegido mediante tal criminalização em âmbito prévio, adotando-se uma precisa e taxativa descrição típica.

Reforçando os argumentos em favor da compatibilidade entre a estrutura de delito e o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, há de se mencionar que, no XII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, no Cairo, concluiu-se que a rigorosa descrição do modelo incriminador e a precisa determinação do bem jurídico protegido configuram critérios legitimadores dos crimes de perigo abstrato destinados ao resguardo da ordem econômica. Vale dizer, o emprego de “tipos delitivos de perigo abstrato é meio válido na luta contra a delinquência econômica e empresarial, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha precisamente especificada, e a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados.”⁸³

Assim, quando for próprio da conduta a vulneração do bem, atendendo-se à experiência, ao bom senso e a uma adequada técnica de tipificação, delimitando-se taxativamente o âmbito do proibido, não se poderá falar em inobservância ao princípio da

⁸² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 59.

⁸³ Cf. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Safe, 1992, p. 113 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Ibidem.*, p. 100.

lesividade e, em suma, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de um dever de obediência, e, para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador.⁸⁴

Faria Costa, diante da indagação de quando se pode considerar, em termos jurídico-penais, que um bem é ofendido, aponta para a percepção de três níveis de lesividade. O primeiro corresponderia ao dano, com total aniquilamento do bem jurídico, enquanto o segundo grau consistiria na colocação deste bem em perigo concreto. Os delitos de perigo abstrato refletiriam um terceiro nível de ofensividade, o qual exigiria uma descrição minuciosa da conduta vedada, relacionada a um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional.⁸⁵

De acordo com o autor, “dir-se-ia que o 'aparente' défice de legitimidade é contrabalançado pela extraordinária minúcia que o legislador põe, deve pôr, na descrição das condutas proibidas. Assim, se o tipo legal de crime de perigo abstracto é composto por tais elementos, não vemos em que é que a sua legitimidade possa ser tocada”.⁸⁶

Portanto, visando superar a tensão estabelecida entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da *ofensividade*, os posicionamentos até então enunciados parecem convergir precisamente no ponto em que propõem uma revisão dos contornos do conceito de lesividade, o qual não compreenderia apenas a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, mas também as situações de perigo abstrato, as quais restariam legitimadas diante da descrição precisa do âmbito do proibido e da clara identificação de um bem jurídico dotado de dignidade penal.

De outra banda, a despeito da ausência de previsão expressa do princípio da *intervenção mínima* na Constituição da República, não se pode negar a sua consagração constitucional implícita, na medida em que emana de outros postulados explícitos, bem como dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, pode-se dizer que decorre do direito fundamental à liberdade (caput, do art. 5, da CF/1988), bem como da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF/1988), valores que somente restarão

⁸⁴ Cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Idem.*, p. 99-101

⁸⁵ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, pp. 620-651.

⁸⁶ *Idem.*, pp. 645-646.

observados diante de um direito penal que atue nos exatos limites da necessidade.⁸⁷, ⁸⁸ O princípio da intervenção mínima constitui, por assim dizer, um verdadeiro limite ao poder incriminador do Estado com duas características fundamentais e intimamente imbricadas no sistema penal de um Estado Democrático de Direito, quais sejam, a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Por fragmentariedade, há de se entender que a intervenção penal somente se justifica para a tutela de bens jurídicos efetivamente essenciais à coexistência humana pacífica, em face de agressões e ataques socialmente intoleráveis. A subsidiariedade, por sua vez, nos indica que a intervenção jurídico-penal deve observar os estritos limites da necessidade, tendo lugar somente quando outras formas de controle social forem insuficientes para a tutela de bens jurídicos valorados como essenciais, diante de graves agressões.⁸⁹

O *direito penal mínimo* posiciona-se, então, numa via intermediária entre o *abolicionismo*, que defende a supressão do direito penal, com a sua substituição por outras formas de controle social, e o movimento da “*lei e ordem*”, segundo o qual a solução do problema da criminalidade reside no recrudescimento da intervenção penal. Dessa forma, apresenta-se como uma via de mão dupla: se por um lado impõe a descriminalização de condutas que não demonstram nocividade social, bem como a previsão de penas alternativas à privação da liberdade do indivíduo diante de condutas de menor gravidade, por outro, autoriza uma maior reação penal para a tutela de novos bens jurídicos reputados relevantes, recorrendo-se até mesmo à técnica da construção de tipos de perigo abstrato.

Em termos de direito comparado, essa posição acerca do direito penal mínimo foi a adotada pelo Código Penal espanhol de 1995, o qual assinala em sua exposição de motivos que “se enfrentou a antinomia existente entre o princípio de intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa, dando prudente acolhida a novas formas de delinquência, porém, eliminando, por sua vez, figuras delitivas que tenham perdido sua razão de ser.”⁹⁰

Não se pretende, com isso, defender uma desenfreada inflação da legislação penal para a tutela da ordem econômica, mas tão somente afirmar que o reforço penal para o confronto da criminalidade nesta seara não se revela de todo incompatível com o princípio da intervenção mínima. Contrapondo-se a este posicionamento, Márcia Dometila Lima de

⁸⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 26.

⁸⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Ibidem.*, p. 119.

⁸⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Idem.*, p. 117.

⁹⁰ *Idem.*, p.122.

Carvalho rechaça a aplicação da intervenção mínima à criminalidade econômica, propugnando que tal princípio há de se manter adstrito ao direito penal clássico.⁹¹

3.2 A neocriminalização e a mudança de paradigmas

O direito penal vivencia sensível expansão de territórios onde novos bens jurídicos alçam à categoria de bens de interesse penal, o surgimento de novos tipos penais e agravamento de penas para tipos, cuja vítima seja toda a sociedade, ampliando-se assim os riscos penalmente relevantes, em um contexto em que a reivindicação social é diversa da que sempre se apresentou ao direito penal clássico, o qual atendia a um único propósito: corrigir ou penalizar o delinquente ocasional ou habitual ou, simplesmente, afastar da sociedade o delinquente incorrigível. O novo direito penal é fundado em outro desígnio: proteger o mercado dos desestabilizadores de sua estrutura, desvinculando de seu objeto central a figura do delinquente e centrando seu foco na atividade perturbadora da economia imaginada que afetarà a coletividade.

Para HANS WELZEL, a *criminalidade ocasional* é produto de uma situação extraordinária ou sedutora que constitui a massa da criminalidade real. Esses cidadãos infratores participam da estruturação positiva da vida comunitária principalmente pelos vínculos sociais fundamentais: profissão e família. Para esses indivíduos, o Direito Penal atua, em primeiro plano, garantindo a segurança e permanência de seu juízo ético-social e assim estabelece neles as bases para uma visão ética de mundo e, apenas secundariamente, aplicando uma pena para a transgressão do direito em caso particular. Já os chamados *delinquentes por estado* são homens que carecem de ampla margem de capacidade de vinculação a normas ético-sociais. Provêm de famílias sobre as quais pesam graves degenerações como a psicopatia ou antecedentes criminais e cujas condições educacionais, por conseguinte, são deficientes. Apresentam, em elevada percentagem, graves degenerações de caráter, sendo em geral instáveis ou insensíveis. Em vez de dirigir sua vontade por uma vinculação a valores permanentes, proporcionada pelo trabalho e pela família, estão dominados por objetivos imediatos de manutenção vital. Esta vasta carência de vinculação

⁹¹ (cf. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Ibidem.*, p. 103).

profundamente arraigada, os conduz a uma existência antissocial, iniciada, na maioria dos casos, na tenra idade, forçando seu envolvimento numa sucessão de fatos puníveis.⁹²

No diálogo da neocriminalização, o direito penal econômico – *Wirtschaftsstrafrecht* –, em uma dimensão moderna, surgiu depois da primeira guerra mundial, justamente, para canalizar os recursos econômicos para os esforços de guerra. Todavia, para adaptar-se à situação até então desconhecida, o Estado foi obrigado a intervir, no papel de responsável, no curso da vida econômica, para superar a crise econômica, gerada pelas disputas bélicas.

Marc Ancel, prefaciando o livro de Aftalión, afirma que a autonomia científica de um direito penal econômico, com sanções próprias, como ramo do Ordenamento Jurídico, teve como base o VI Congresso Internacional de direito penal, celebrado no ano de 1953 em Roma. Já no V Congresso da Academia Internacional de direito comparado de Bruxelas, em agosto de 1958, tratou-se de discutir uma sanção para o direito penal econômico dado a importância de tutela da proteção dos direitos da pessoa, a natureza e modalidades da aplicação da legislação penal econômica, mas, com certa flexibilização das regras de um direito penal comum.⁹³

Alude Aftalión que a delimitação do método e do objeto do direito penal econômico não é, por assim dizer, tarefa fácil em face da generalidade de seus conceitos e repercussões no aspecto social. Daí os europeus, na década de 50, do século passado, referir, de maneira equívoca, segundo Aftalión, a um *direito social econômico*.⁹⁴

Com efeito, a dogmática penal moderna do direito penal econômico foi construída a partir de um paradigma totalmente diferente do atual. A submissão de uma pessoa – sujeito de direito – a um Estado determinado, que detém soberania, expressada, sobretudo, pelo direito penal, foi o ponto de partida para a formação dos institutos constitutivos da noção do crime penal econômico.

Contextualizando a perspectiva jurídico-dogmática dos delitos econômicos, Tiedemann pondera:

En un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridad de los delitos económicos y del Derecho penal económico, principalmente, em la protección de bienes jurídicos supraindividuales (sociales o colectivos, intereses de la comunidad). De acuerdo com esta característica constituyen ejemplos de delitos económicos los delitos, ya varias veces mencionados,

⁹² WELZEL, Hans, *Derecho Penal Aleman*, 1997, xpp. 24-25.

⁹³ AFTALIÓN, *Derecho penal econômico*: prólogo de Marc Ancel. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959, p.10

⁹⁴ *Idem*, p. 18.

previstos en la Ley del comercio exterior o en la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia; [...]⁹⁵

No direito penal clássico, os bens jurídicos que ensejaram a proteção penal referiam-se à pessoa individualmente considerada, não se cogitando a pertinência daqueles institutos aos bens jurídicos supraindividuais ou pertencentes a toda a coletividade.

Logo, é imprescindível investigar os aspectos da dogmática do direito penal clássico em face de um direito penal moderno, de cunho econômico, perscrutando sua metodologia, objeto e missão.

3.3 Direções metodológicas do direito penal econômico

Já se disse que os princípios que norteiam o direito penal clássico são inadequados ao direito penal econômico moderno, que tutela bens transindividuais – que transcendem à noção de pessoa. No tocante à distinção entre direito penal clássico e secundário, afirma José de Faria Costa, *verbis*:

A primeira aproximação a uma distinção entre o direito penal comum e o direito penal secundário sofre da simultaneidade do benefício e do prejuízo que o critério formal pode trazer à correcta e justa separação destas áreas incriminadoras [...]

Porém, fácil é de entender que não basta uma tal distinção para se poder ter exacta compreensão das diferenças – materiais que intercedem entre o chamado direito penal “comum” e o direito penal secundário. Urge, por isso, tentar encontrar um critério material.⁹⁶

O direito penal econômico apresenta direções metodológicas que precisam ser analisadas: 1) dogmaticamente; 2) no plano do direito público e do direito privado; 3) na repercussão do direito penal econômico na sociedade contemporânea de risco.

A existência de um direito penal econômico, no aspecto de um direito penal secundário, amplo, ganha contornos com o aparecimento de uma economia dirigida e centralizada, pois, enquanto existirem condições que outorguem aos operadores econômicos a liberdade para o desenvolvimento de relações econômicas, o Estado só deverá intervir na economia para regular a livre iniciativa e a livre concorrência.

⁹⁵ TIEDEMANN, Klaus, *Ibidem.*, 2010, p. 58.

⁹⁶ COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal: introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 30-31.

Righi, ao estabelecer critérios para delimitar o conceito jurídico material de delito econômico, esclarece:

El bien jurídico penal del delito económico, puede ser el orden público económico, el orden económico, el orden económico nacional, el régimen económico público. Por la ambigüedad e imprecisión que se há cernido em torno a este concepto, mediante definir al derecho económico por el bien jurídico protegido será la única conceptualización que permitirá evitar ambigüedades y contradicciones, possibilitando conclusiones homogéneas. Los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos son de carácter colectivo o supraindividuales. Estos los diferencias de los delitos patrimoniales que tutelán bienes individuales [...]⁹⁷

Não há negar que a construção dogmática de um direito penal econômico só foi possível com um corte epistemológico, rompendo os paradigmas do passado para construir o paradigma da modernidade, objetivando adaptar o direito penal clássico às novas perspectivas de um mundo globalizado, que reclama a tutela de valores fundamentais, bens jurídicos, na sua gênese, de categoria material, de natureza supraindividual, pelo Estado Social e Democrático de Direito.

3.3.1 A legitimidade do direito penal econômico contemporâneo: uma “mera” questão de eficácia?

Willian Terra de Oliveira destaca que a legitimidade do direito penal contemporâneo não deve ser buscada numa “mera questão de eficácia, a qual não é a razão do labor de um penalista, ainda que seja a consequência maior de seu ofício”.⁹⁸ Até porque, a ineficácia da norma penal pode ser explicada, antes dos critérios legitimadores da criminalização, pela criminologia, a qual tem o Direito Penal Econômico como objeto de pesquisa da “cifra dourada da criminalidade”. Por outro lado, Miguel Reale Júnior, referindo-se à necessidade da tutela penal, cita Tobias Barreto, para o qual “a aplicação legislativa na penalidade é uma pura questão de política social. Ela resume-se na seguinte máxima: impor pena em todos os casos em que a sociedade não pode passar sem ela”.⁹⁹

⁹⁷ RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: AdHoc Villela, 2000, p. 93.

⁹⁸ DE OLIVEIRA, William Terra. *Algumas questões em torno do novo direito penal econômico*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Na. 3. n 11. jul-set, 1995, p. 233

⁹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 7. n. 28. out-dez. 1999, p. 124.

Superada, portanto, a questão da eficácia, mister indagar acerca da necessidade da criminalização no âmbito econômico, e, aqui especificamente, dos atos atentatórios à livre concorrência.

Segundo Douglas Fischer, os delitos econômicos estão em um nível hierarquicamente superior de gravidade em relação à criminalidade clássica, o que impõe um tratamento proporcional da aplicação das normas “(des)penalizadoras à luz dos comandos fundantes da Constituição”, razão pela qual não haveria falar em relegar à repressão dos delitos desta natureza tão somente à seara cível ou administrativa.¹⁰⁰

Corcoy Bidasolo e João Bernardo da Silva têm que a intervenção do Direito Penal nos “delitos econômicos” é a única capaz de dissuadir o delinquente a não mais praticar semelhantes atos danosos, sendo a tipificação de delitos desta espécie a afirmação expressa do legislador acerca da vontade política e da necessidade de repressão, a qual não deve esgotar-se na esfera administrativa porquanto o Direito Penal, em seu caráter preventivo e repressivo, é um dos instrumentos de controle social a ser empregado.¹⁰¹

Especificamente no que concerne à tutela jurídico-penal da livre concorrência, Raúl Cervini e Gabriel Adriasola consideram a sua ausência na legislação uruguaia uma imperdoável lacuna de punibilidade, eis que a concentração da economia em mãos de poucos causa graves prejuízos ao empresariado como um todo, assim como ao público consumidor. Para eles, a incidência que este tipo de fenômenos econômicos de concentração de mercado gera sobre a formação de preços faz com que a livre concorrência possa ser objeto de tutela penal sem que se despreze o princípio da ofensividade.¹⁰² Considerando, pois, as graves consequências econômicas advindas dos cartéis horizontais, lesando consumidores e concorrentes, e, quando levados a efeito em processos licitatórios, o próprio erário, sua criminalização torna-se legítima, observada concreção do bem jurídico livre concorrência e sua conformação de natureza fundamental.

¹⁰⁰ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

¹⁰¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentsu *apud* FISCHER, Douglas. *Ibidem.*; DA SILVA, João Bernardo. A criminalidade econômica e o direito penal. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Ano 7. n. 12. 1º semestre, 2004, p. 107.

¹⁰² CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista*. Montevideo: Julio César Faire – Editor. 2005, p. 292.

4 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

4.1 Conceito

Inicialmente cumpre assinalar o que se entende por perigo. Este pode ser definido como “[...] a aptidão, a idoneidade, ou a potencialidade de um fenômeno de ser causa de dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse”¹⁰³ Ressalte-se, por oportuno que a mera possibilidade de dano não é suficiente para a configuração de perigo, que requer a probabilidade, sem que tal exigência redunde na necessidade de comprovação matemática ou estatística.

O tipo de perigo abstrato, contrapondo-se ao crime de dano em uma classificação que leva em conta a relevância da afetação do bem jurídico, é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas independente da produção do resultado externo. Trata-se da prescrição normativa cuja completude restringe-se à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto. Não se deve confundir crime material com crime de dano, nem crime formal e de mera conduta com crime de perigo, visto que tais categorias se reportam a classificações baseadas em critérios distintos. Enquanto a oposição entre crime de dano e de perigo pauta-se, como já mencionado, no critério da relevância da afetação do bem jurídico tutelado, a diferenciação entre crime material, formal e de mera conduta obedece a critério vinculado ao resultado naturalístico. Ou seja, enquanto o crime material reclama um resultado naturalístico para sua consumação, *v.g.* o *homicídio*, o crime formal o descreve no tipo, mas dele prescinde para o seu aperfeiçoamento, *v.g.* a *ameaça*. Já o crime de mera conduta não prevê nem exige tal resultado para a sua consumação como por exemplo a *violação de domicílio*.)

Na seara dos crimes de perigo, distinguem-se, tradicionalmente, as estruturas delitivas de perigo concreto das de perigo abstrato ou presumido. É certo que a classificação dos crimes de perigo¹⁰⁴ revela-se bem mais complexa, podendo-se mencionar, em acréscimo, os crimes de perigo abstrato com presunção *juris tantum*, nos quais se admite prova em contrário quanto à ausência de vulneração do bem jurídico no caso concreto, e os crimes de perigo

¹⁰³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 56.

¹⁰⁴ Cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Ibidem.*, pp. 68-82.

abstrato-concreto¹⁰⁵, cuja tipicidade objetiva somente se configura diante da realização da conduta proibida e da produção de um ambiente de periculosidade geral, ou seja, é necessário que o comportamento vedado crie ao menos condições para a afetação do objeto de tutela. Trata-se de uma situação intermediária entre a mera realização da conduta e a exposição do bem jurídico a uma ameaça concreta. Embora se reconheça a existência de diversas modalidades de delitos de perigo, esta análise limitar-se-á às duas categorias anteriormente mencionadas, o que se afigura suficiente diante do caráter instrumental de tais noções nos limites deste trabalho.

Desta forma, consideram-se crimes de perigo concreto os delitos em que o perigo constitui elemento do tipo, de tal forma que somente se aperfeiçoam com a verificação efetiva da situação perigosa, em um evidente juízo ex post. É o caso do crime de incêndio, previsto no art. 250, do Código Penal Brasileiro, que descreve a conduta de “causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”.

De outra banda, os crimes de perigo abstrato ou presumido, em uma clássica definição, caracterizam-se pela presunção absoluta de perigo par ao bem jurídico tutelado. Nesse caso, o perigo não corresponde a elemento do tipo penal, mas tão somente a sua motivação. Vale dizer, a partir de regras de experiência, o legislador identifica condutas as quais, em seu entendimento, o perigo é inerente, tornando-as puníveis. Como exemplo, temos o crime contra a ordem econômica delineado no inciso I do art. 1º, da Lei 8.176/1991, o qual se refere à conduta de *“adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”*. A partir da análise desta norma incriminadora, pode-se verificar que o juízo de desvalor reporta-se unicamente à ação, não abarcando o resultado.

É certo que no âmbito da tutela de bens jurídicos supraindividuais, como no caso do exemplo acima mencionado, a atividade legislativa revela-se pródiga na utilização da técnica do perigo abstrato, cuja legitimidade há de ser analisada à luz de princípios constitucionais como a lesividade e a intervenção mínima. Diversas são as justificativas apresentadas para a adoção dessa técnica que acaba por configurar uma criminalização em âmbito prévio ou antecipação da tutela penal.

¹⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p p. 115-117.

Em um primeiro plano, destaque-se os resultados catastróficos decorrentes de um dano efetivo ao bem jurídico tutelado, bem como a sua irreversibilidade ao estado anterior, de tal sorte que, nesses contextos, o mais importante é evitar ou controlar as condutas, antecipando-se à própria ocorrência da lesão, e não reprimir os resultados. Ademais, deve-se ter em mente que, em muitos delitos contra a ordem econômica, se lida com atos perigosos por acumulação, ou seja, tem-se “[...] ações que, isoladamente, não representam uma ameaça, em potencial para bens jurídicos tutelados, mas sua reiteração ou multiplicação acaba por consolidar um ambiente de riscos efetivos para estes interesses protegidos”.¹⁰⁶ Ressalte-se, ainda, a inviabilidade de se estabelecer um nexo causal entre múltiplas ações e um determinado dano à ordem econômica nos moldes rigorosos do processo penal, bem como a dificuldade de constituição da prova, diante da impossibilidade de se mensurar o *quantum* de turbação foi imposto ao bem jurídico, a partir de condutas individualmente consideradas.

Enquanto os bens jurídicos individuais se satisfazem com uma proteção mediante crimes essencialmente de dano, tendo o perigo como recurso excepcional do legislador, os bens difusos guardam peculiaridades, “quer pelo fato de não se identificar uma vítima definida, quer por não se ter, em uma dada e concreta conduta, um perigo concreto à inteireza do bem protegido [...]”.¹⁰⁷ Assim, subtrair do direito penal esse caráter preventivo, repelindo as construções abstratas sem maiores reflexões, significa afastar-se da realidade e desatender as necessidades de nosso tempo. Schünemann qualifica de reacionário o posicionamento da Escola de Frankfurt favorável à recondução do direito penal aos delitos de dano. Segundo seu entendimento, essa postura refratária à técnica dos crimes perigo abstrato depõe contra a modernização do direito penal, comprometendo sua função de proteção de bens jurídicos fundamentais.¹⁰⁸

Apesar de constituir uma estrutura adequada para fazer face às demandas da sociedade de risco contemporânea, no que diz respeito à tutela eficaz de determinados bens jurídicos difusos ou supraindividuais como, no caso do presente estudo, a ordem econômica, isso não implica na defesa intransigente de todo e qualquer delito de perigo abstrato destinado à proteção da ordem econômica, tão somente em virtude da natureza difusa do bem jurídico tutelado. Afinal, as particularidades destes bens supraindividuais não podem servir de pretexto

¹⁰⁶ Idem, p. 124

¹⁰⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais*. Bol. IBCCrim 122/14-15. São Paulo: IBCCrim, jan. 2003b.

¹⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Revista Peruana de Ciencias Penales 5/251-256. Lima: Idemsa, jan-jun, 1995.

para criminalizações desmedidas. Há que se atentar não somente para a natureza do bem jurídico, mas também para a conduta descrita na norma incriminadora, verificando se traz ínsito o perigo ao objeto que se pretende resguardar.

4.2 Estrutura metodológica dos delitos de perigo abstrato

A definição dos contornos e dos elementos constitutivos dos delitos de perigo abstrato é, pois, fruto do desenvolvimento metodológico do pensamento penal desde o iluminismo e sua compreensão requer uma análise das ideias construídas historicamente sobre o tema. Assim, a busca de limitação do direito penal levará inexoravelmente à construção de um injusto de resultado, a um direcionamento da norma ao desvalor dos efeitos externos das ações, em detrimento do aspecto intencional ou subjetivo do comportamento. Efetivamente, esta construção é mais restritiva à atuação repressiva penal do que um direito criminal baseado apenas no desvalor da conduta. Na primeira hipótese, o exercício do *ius puniendi* está preso à verificação de um dano, ou de um perigo efetivo: logo, será menos extenso do que uma atividade de repressão direcionada ao comportamento, sem menção ou lastro nos resultados decorrentes.¹⁰⁹

A primazia do desvalor de resultado para o direito penal clássico traz problemas para a conceituação ou para a aceitação dos delitos de perigo abstrato. A dificuldade da doutrina clássica em compatibilizar os delitos de perigo abstrato com a supremacia do desvalor de resultado é visível na obra de Binding que classifica as normas penais em (i) proibições de lesão; (ii) proibições de perigo e (iii) infrações de polícia ou delitos de desobediência e para quem a colocação em perigo de um bem equivaleria à sua lesão. Segundo o autor, a norma penal dirigida à conduta, sem referência a uma modificação exterior do mundo, não é legítima, porque dirige a sanção penal à mera desobediência, ao simples descumprimento de regras postas. Não deveria haver relevância penal em uma mera ficção de perigo de resultado.¹¹⁰ Assim, Binding não aceita os delitos de perigo abstrato, ao menos em sua concepção formal, diante da falta de instrumentos dogmáticos para aceitá-los no sistema clássico.¹¹¹

¹⁰⁹ MIR PUIG, *La perspectiva "ex ante" em derecho penal*. Anuário de Derecho Penal e Ciencias Penales, Madrid, vol. 36, pasc. 1, p. 5-22, jan.-abr, 1983, p. 9

¹¹⁰ SILVEIRA, Direito Penal, p. 96 - Para o autor, o perigo abstrato seria um contrassenso, ou o perigo existe em concreto, ou não existe.

¹¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ibidem., 2010, p. 132.

Para Rabl, na mesma linha de dificuldade de aceitação da ideia, o desvalor de resultado também norteia o pensamento penal e a construção dogmática. Logo, não devem ser admitidos tipos penais sem a previsão de resultado de dano ou de perigo concreto.¹¹² Sob essa premissa, o autor analisa os crimes de perigo abstrato, e conclui que são, em realidade, crimes de perigo concretos presumidos, nos quais o resultado de perigo, no entanto, não precisará ser demonstrado. Tratar-se-ia de uma presunção que pode ser refutada pela prova em contrário de sua não existência, de maneira que a diferença entre os delitos de perigo abstrato e concreto residiria apenas na atividade probatória porque seu fundamento material é idêntico, especialmente sob a perspectiva do bem jurídico protegido, exposto ao perigo concreto nas duas situações.

Esse pensamento de Rabl acaba por criar dificuldades sistêmicas, principalmente no que toca o princípio da presunção da inocência. Se o autor parte do pressuposto que o fundamento material dos tipos penais é a lesão ou o perigo concreto, a dúvida sobre a existência destes resultados deve favorecer o réu, e não a presunção normativa abstrata. Não haveria justificativa para que o indivíduo recebesse o ônus da prova apenas nos crimes de perigo abstrato. Por outro lado, a manutenção do princípio *in dubio pro reo* e a remissão do ônus da prova à acusação transformariam os delitos de perigo abstrato em tipos de perigo concreto, o que acarretaria uma interpretação contrária à lei, que aponta para a distinção entre as duas categorias delitivas.¹¹³

A compatibilização entre os crimes de perigo abstrato e o pensamento penal clássico, voltado para o desvalor de resultados, será oferecida por Stubel, que desenvolve o primeiro estudo sistemático sobre estes tipos penais¹¹⁴, para quem os delitos de perigo abstrato não são crimes de mera desobediência, nem crimes de perigo concreto presumido, mas delitos de lesão. Assim, não visam proteger antecipadamente um bem jurídico, mas se dirigem à própria integridade dos mesmos diante de uma perturbação específica. Sustenta que as condutas vedadas por estes tipos penais, quando praticadas, abalam o âmbito de segurança da disponibilidade dos bens jurídicos e, mesmo que esta defraudação seja abstrata ou potencial, já significa uma lesão à ordem social estabelecida.

¹¹² RABL, *Gefährdungsvorsatz*, 1933, p. 9 e ss., *apud* RODRÍGUEZ MONTAÑES, Delitos de peligro, p. 316.

¹¹³ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudência*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 318.

¹¹⁴ MENDONZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 91

O resultado concreto para Stubel, não é elemento essencial do tipo porque é uma mera circunstância do acaso, incontrolável pelo agente, e ocorre ou não devido a fatores não previsíveis, atrelados à sorte ou ao azar, fora do domínio do autor. A mera perturbação da certeza da existência do bem jurídico, efetivada por sua exposição ao risco, já implicaria a lesão dos ditames de segurança necessários à vida em comum.¹¹⁵

No Brasil, Pinho repercute esta linha de pensamento. Parte da premissa que o perigo não pode ser caracterizado como um estado antecedente, prévio à verificação do dano, mas deve ser identificado como realidade em si, carregada pela repercussão que o estado de perigo determina à coletividade.¹¹⁶ Para caracterizar o perigo como uma espécie de resultado lesivo, o autor o distingue da tentativa. Esta teria por substrato material um risco ou uma ameaça iminente de dano. Já o crime de perigo abstrato não se direcionaria ao fato que não se verificou, mas ao próprio estado de risco a que foi submetido o bem jurídico. A situação de perigo, mesmo que abstrato, em si, já importaria em um abalo social e em uma ofensa ou agressão ao interesse tutelado.¹¹⁷

Stubel e Pinho entendem, pois, terem superado as dificuldades encontradas por Binding e Rabl para legitimar os delitos de perigo abstrato diante de um sistema voltado para o desvalor da lesão. Para tal, retiram do plano da ação o desvalor normativo do perigo abstrato e o deslocam para o resultado, revelando na realidade do perigo, no estado fático com existência jurídica própria. Esta construção, por sua sistematicidade e por seu pragmatismo, será utilizada, posteriormente, pelos autores formalistas para justificar a legitimidade dos crimes em comento no contexto da sociedade de riscos.

O direito penal clássico vai então perdendo a capacidade de exercer sua missão de controle social na medida em que se distancia das relações sociais sobre as quais deveria se projetar, ensejando o desenvolvimento de outras teorias metodológicas no afã de superar os problemas daí decorrentes. Surge, então o neokantismo, que busca a superação do direito penal clássico por meio de uma perspectiva normativa. Sob a ótica neokantista, para aferir tipicidade a uma conduta, não basta a verificação formal de sua adequação à descrição legal típica, mas é necessário observar seu significado social e sua materialidade diante dos valores vigentes. O tipo penal legitima-se diante de uma norma de cultura: logo, a ação ilícita deve ir além de contrariar o texto legal, deve colidir com os valores presentes na sociedade. O direito

¹¹⁵ HASSEMER, *Derecho penal simbólico*, p. 33.

¹¹⁶ PINHO, Demóstenes Madureira de. *O Valor do Perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939, p. 27.

¹¹⁷ Idem, p.27.

penal deixa de ser compreendido como um sistema de normas aplicáveis uniformemente às situações e contextos de vida, por intermédio de uma metodologia formal e supostamente neutra e passa a ser estudado como um sistema cultural que agrega valores a seus institutos dogmáticos.

A par dessas premissas metodológicas, Mezger analisa o perigo e sua importância para o direito penal. Segundo o autor, o direito não se importa apenas com a realidade de um curso causal, mas também com a possibilidade da produção de uma causalidade esperada.¹¹⁸ Existem atos que, ainda que não causem um dano, se revestem de importância jurídica porque, diante das regras gerais da experiência e das concepções da vida prática, são geralmente idôneos para a produção de um resultado. Assim o perigo é caracterizado como a possibilidade imediata, a probabilidade cognitiva da produção de um acontecimento danoso.¹¹⁹

Valendo-se da metodologia neokantista, Mezger pontua que a constatação do perigo agrega um elemento de experiência, com base na realidade empírica, e um elemento normativo, que levam em conta valores vigentes no momento da prática do ato e a realidade envolvida, o que afasta um juízo causal predeterminado possibilitando uma análise sobre um acontecimento provável.¹²⁰

Esse juízo de perigo, que engloba elementos normativos, será a base material dos delitos de perigo concreto e de perigo abstrato. Ambos descansam sobre o conceito de perigo geral, com a diferença que nos primeiros será necessária a demonstração, caso a caso, da produção do perigo efetivo, e nos últimos a periculosidade potencial já basta independentemente da verificação, no caso concreto, da situação de perigo.¹²¹

Essa conceituação neokantista em torno do delito de perigo abstrato servirá de base sobre as quais inúmeros autores contemporâneos estabelecerão os parâmetros para um conceito material destes tipos penais. Ao agregar elementos empíricos (ontológicos) e normativos na construção do perigo abstrato, esta escola penal abre caminho para uma interpretação mais flexível destes delitos, que permita um manejo político criminal da

¹¹⁸ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal Aleman*. Nueva edición, revisada y puesta em dia por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I., p. 232

¹¹⁹ Para MEZGER, “no puede negarse que el concepto del peligro, tanto en lo que se refiere a la delimitación de los bienes jurídicos que han de ser protegidos, como en lo que respecta a la demarcación de la probabilidad exigible contiene elementos normativos”, *Tratado*, p. 252.

¹²⁰ Idem, p. 253.

¹²¹ Idem, p. 393.

aplicação dos tipos em direção às finalidades estabelecidas por uma sociedade plural e democrática.

Visando superar a excessiva abstração do conteúdo da dogmática, sublinhado pelo neokantismo, que levou a um exagerado dualismo entre o mundo concreto do *ser* e o mundo de valores do *dever ser*, surge o finalismo, que vai buscar elementos derivados da matéria, para montar um sistema penal estável e independente de valores culturais momentaneamente vigentes na sociedade, lançando mão do método fenomenológico, por meio do qual procura edificar seus conceitos pela essência ontológica dos objetos.

A construção do sistema penal utilizará, portanto, institutos lógico-objetivos, derivados da estrutura real e ontológica do mundo, e o elemento central, sobre o qual se baseará toda a teoria do delito, será a concepção finalista da ação. Ao buscar no mundo do ser os fundamentos da atividade punitiva, o finalismo volta sua atenção ao comportamento, à conduta do ser humano, e às finalidades que o dirigem, que comporão o objeto das normas penais. O direito penal só pode direcionar seus preceitos ao comportamento final humano, no sentido de inibir atos intencionais contrários aos valores éticos sociais, o que confere destaque à ação como elemento fundante da tipicidade.

Assim, a ação penalmente relevante não será mais aquela que contraria a lei (classicismo) nem aquela que contraria os valores culturais (neokantismo), mas aquela que carrega consigo uma finalidade, projetada anteriormente pelo intelecto, dirigida a um acontecer causal.¹²² A construção final da ação seria um conceito pré-jurídico existente na realidade material, e deveria ser respeitada pelo direito penal se este se propõe a seguir uma lógica ontológica. Neste contexto, o dolo e a culpa, como elementos volitivos anteriores à conduta exterior, passam a integrar o tipo penal e a constituir o pressuposto ontológico da ação penalmente relevante.

O centro da ação típica passa a ser o elemento subjetivo da conduta, a intencionalidade finalística do agente, e não mais o resultado dos atos praticados. O finalismo cria uma teoria do injusto pessoal em contraposição ao injusto naturalístico vigente anteriormente. O direito penal deixa de ser considerado um instrumento retributivo, de atuação *ex post*, e passa ao plano da prevenção, da inibição de ações, em uma perspectiva *ex ante*.

Sobre essas premissas, Welzel, o principal expoente do finalismo, trata o perigo. O conceito de perigo para ele será antológico, determinado pela situação fática em que a

¹²² Idem, p. 53.

produção de determinadas consequências não desejáveis é provável.¹²³ Entretanto, o Direito Penal não visa controlar a produção de qualquer perigo, mas apenas aquelas situações arriscadas criadas por um comportamento humano final, logo, o perigo penalmente relevante deve reunir um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo, que decorre da intenção do agente de ameaçar bens e interesses relevantes.

A metodologia finalista adequa-se perfeitamente ao perigo concreto, vez que os tipos penais que o incorporam possibilitam a verificação dos elementos objetivos e subjetivos inerentes à tipicidade de maneira que, em relação aos primeiros, o próprio contexto factual permitirá a dedução da presença objetiva de um perigo no momento em que o bem jurídico entrou no raio de ação da situação perigosa e, sob o aspecto subjetivo, a confirmação da tipicidade envolverá o dolo de perigo, que consiste em uma vontade de criar aquele estado de coisas, em que o bem é ameaçado.

Diversamente, no que toca aos delitos de perigo abstrato, a aplicação dos preceitos finalistas não é tarefa simples. Welzel justifica a existência destas espécies delitivas pela frequência com que tais ações resultam em situações de perigo concreto ou dano. Assim, o elemento objetivo da tipicidade dos crimes de perigo abstrato não será uma situação objetiva e real de ameaça, mas a mera prática da conduta que, em geral, resulta em efeitos não desejados. O aspecto subjetivo do perigo abstrato é meramente formal e o injusto não tem nenhuma relação com a realidade dos fatos.¹²⁴ No entanto, a formulação dos tipos penais segundo a metodologia finalista omite-se em relação aos elementos subjetivos do tipo, contradizendo-se em torno de uma das bases dessa teoria, que é a fundamentação do injusto no elemento subjetivo da conduta.

Hirsch, discípulo de Welzel, visando superar essa lacuna, compatibilizou o tipo de perigo abstrato com as premissas finalistas a partir da construção de um elemento subjetivo mais consistente que atrela o injusto penal, nessas hipóteses, a um conceito final da ação.¹²⁵ Assim, como seu mestre, Hirsch define o perigo como uma situação objetiva, pré-jurídica e ontológica, que fundamenta os delitos de perigo concreto. Desta forma, estes delitos fixariam o injusto no contexto real de ameaça a um determinado bem jurídico, que entrou no raio da ação e está efetivamente ameaçado, sob um aspecto objetivo, e que ficaria completo com a constatação da intenção do agente criar tal contexto no plano subjetivo.

¹²³ Idem, p. 71.

¹²⁴ Idem, p. 71.

¹²⁵ HIRSCH, Hans Joachim. Peligro y peligrosidad. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, Madrid, vol. 49, fasc. 2, p. 509-528, mai-ago, 1996.

Os crimes de perigo abstrato teriam, pois, na periculosidade seu substrato material, distinguindo-os do perigo real. Enquanto este é um dado da realidade, um estado concreto, a periculosidade seria um atributo de uma ação, qualificada para produzir riscos (*Risikaneit*).¹²⁶ Assim, os crimes de perigo abstrato são classificados por Hirsch, como delitos de periculosidade e se dividiriam em duas categorias: delitos de periculosidade abstrata e delitos de periculosidade concreta.¹²⁷ Os primeiros, abrigariam tipos penais direcionados a condutas arriscadas ou perigosas em geral, enquanto os delitos de periculosidade concreta apontariam um risco atrelado à conduta específica. Em ambos os casos, a tipicidade exigiria uma valoração *ex ante* da ação, de acordo com as circunstâncias concretas do caso individual, que suporiam o perigo potencial de uma conduta pela perspectiva de uma pessoa média normal colocada na situação do autor, sem que seja necessário um resultado de perigo.¹²⁸

O elemento subjetivo dos crimes de perigo abstrato para Hirsch seria, portanto, a periculosidade *ex ante* da conduta, e não o mero comportamento do agente, o que permite a não incidência da norma penal quando, mesmo que a ação praticada seja a mesma descrita no tipo penal, ela não tenha capacidade, nem o potencial, de causar danos a bens e interesses tutelados, tornando a estrutura do perigo abstrato mais adequada ao caráter finalista da ação posto que robustece o elemento subjetivo do tipo penal.

O pós-finalismo, assim entendido como as diversas escolas e tendências que sucederam o finalismo Welzeliano, trouxe uma plêiade ideias, algumas voltadas para a ampliação da intervenção penal para controlar atividades arriscadas e antecipar ao máximo a tutela estatal a fim de evitar suas consequências danosas, outras dirigidas à limitação da utilização dos delitos de perigo abstrato, revelando seu potencial para a aplicação arbitrária do direito penal. As diferentes teorias relacionadas à construção e aplicação dos tipos de perigo abstrato refletem a dificuldade de adaptar os conceitos metodológicos tradicionais aos novos paradigmas do direito penal, e sua análise revela a complexidade que envolve a construção de uma dogmática adequada aos novos preceitos do direito penal da atualidade.

Nessa esteira de ideias, Kindhäuser, parte da concepção de que o direito penal tem por missão a exclusiva proteção de bens jurídicos, e os concebe como valores que representam a

¹²⁶ HIRSCH, Ibidem., p. 521.

¹²⁷ MENDONZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstrato*. Granada. Comares, 2001, p. 316.

¹²⁸ HIRSCH, Ibidem., p. 523.

identidade jurídica de uma sociedade ou como os pressupostos para sua reprodução.¹²⁹ Os bens jurídicos seriam as condições de participação na vida social, por meio de uma integração justa e igualitária. Para isso, não bastaria ao direito penal a proteção da mera existência dos bens jurídicos, mas seria necessário garantir as condições em que o indivíduo pudesse cumprir seu papel na coordenação social de ações não somente pela proibição de lesões ou ameaças concretas a tais bens jurídicos, mas também pela inibição de condutas que resultassem em um perigo potencial e que, por isso, maculassem as condições de interação social dos cidadãos.¹³⁰

Insta salientar que Kindhäuser não trata os crimes de perigo abstrato como crimes meramente formais. Ele busca um critério material de injusto que transcenda a mera contrariedade ao direito positivo, para evitar que o papel do sistema penal seja a simples garantia de expectativas sociais, por meio da valorização do cumprimento de normas, independentemente dos resultados ou consequências das condutas, ensejando a segurança do usufruto dos mecanismos de participação social e este valor será o bem jurídico violado ou lesionado pelo crime de perigo abstrato.¹³¹

Na Espanha, vários autores enfatizam a necessidade de proteção de bens jurídicos transindividuais como explicação para o emprego desta técnica de tipificação, como é o caso de Paredes Castañon, que justifica a utilização dos tipos de perigo abstrato em duas hipóteses. Na primeira, tais delitos envolveriam os bens jurídicos intermediários. Estes bens, de titularidade coletiva, seriam protegidos pela norma penal porque fundamentais para a segurança de outros bens, de cunho individual, em uma relação de instrumentalidade estrita. É o caso do meio ambiente, que é tutelado pelo direito penal porque assegura e preserva outros bens, de forma mediata, como a vida e a saúde humana. Neste caso, a conduta típica acarretaria dois efeitos distintos, conforme a perspectiva do bem afetado. Haveria, por um lado, a criação de um perigo abstrato para o bem mediatamente protegido e, por outro, a lesão ao bem jurídico intermediário. O perigo abstrato estaria sempre mediatizado pela lesão a um bem jurídico intermediário, de índole coletiva, que justificaria sua existência material.¹³²

¹²⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 67.

¹³⁰ KINDHÄUSER, Urs., *Ibidem*. p. 68.

¹³¹ Para AGUADO CORREA, Teresa. *El principio e proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: Edersa, p. 374, a proposta de KINDHÄUSER contempla o perigo sob a perspectiva da vítima e não do autor, como faz a maior parte da doutrina.

¹³² PAREDES CASTAÑON, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación em el dercho penal económico: bases político-criminales*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, fasc. 11, p. 95-164, jan. 2003, p. 140.

A segunda hipótese estaria relacionada com a previsão de tipos de perigo abstrato para casos em que a conduta, em si mesma, gera uma perturbação sistêmica, seja pela estatística muito significativa de danos a ela atrelados, seja porque acarreta uma grande insegurança no normal funcionamento do subsistema social abrigado pela norma.¹³³

Rechaçando a construção ontológica do conceito de perigo, Corcoy Bidasolo desenvolve sua proposta de injusto penal nos delitos de perigo abstrato propondo uma metodologia normativa que leve em conta o grau de risco e sua qualidade para a compreensão da tipicidade penal dos delitos de perigo abstrato de maneira que os crimes de perigo abstrato só estariam legitimados se relacionados com 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*. Desta forma, os delitos de perigo abstrato seriam delitos de lesão de bens jurídicos coletivos, que apresentariam como referente individual a proteção à segurança e à confiança dos cidadãos em que não se supere o âmbito do risco permitido ou no correto funcionamento de algumas instituições.¹³⁴

Corcoy Bidasolo entende, pois, que nos delitos de perigo abstrato se protege de forma imediata, e sempre, um bem jurídico supraindividual, enquanto que nos de perigo concreto, junto ao bem coletivo, se protege, também de forma imediata um bem jurídico individual, de maneira que a distinção entre delitos de lesão e de perigo não seria de grau, mas na natureza diversa dos bens protegidos: nos primeiros, bens individuais, nos últimos, bens coletivos. O resultado jurídico de ambos seria o mesmo: a lesão de um bem jurídico *ex ante* e *ex post*.¹³⁵

A caracterização dos delitos de perigo abstrato como delitos de lesão, como propõem os autores citados, propicia a expansão do direito penal para novos âmbitos dentro do contexto da sociedade de riscos. Essa consagração de bens jurídicos coletivos ou difusos, como interesses passíveis de proteção penal autônoma, facilita a caracterização dos comportamentos típicos como lesivos, dada a abstração dos objetos de tutela. O problema é que, ainda que os autores citados busquem na lesividade um critério material para consolidar o injusto penal dos delitos de perigo abstrato, não conseguem obter um conceito sólido que caracterize de forma adequada o conteúdo dos tipos penais em questão.

¹³³ Idem. p. 140.

¹³⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 218 e 273.

¹³⁵ Idem, pp. 87-88.

Numa época em que o poder público tem pela frente uma infinidade de contextos tecnológicos inovadores, o conceito de segurança e o risco que a sociedade tolera em prol de seu desenvolvimento decorrem basicamente de decisões políticas, resultantes dos mais variados conflitos de interesses e de discursos de maneira que, nesse ambiente de incertezas da sociedade de risco, atribuir à segurança um papel central na determinação da legitimidade das normas penais parece bem arriscado. Da mesma forma, atrelar a legitimidade da norma penal a outros bens coletivos e difusos sem nenhum referente individual, será dotar o direito penal de uma liberdade e atuação que não condiz com o respeito à dignidade humana constitucionalmente estabelecida. O conceito de bem jurídico para cumprir seu papel de limitador à repressão estatal, em um modelo Democrático de Direito, deve apresentar características mais concretas e passíveis de reconhecimento objetivo e distanciar-se das abstrações que comportam flexibilizações de variadas espécies que podem desencadear a utilização arbitrária do poder punitivo.¹³⁶

Existe também uma corrente que define os tipos de perigo abstrato como crimes de mera conduta, reconhecendo-os como delitos formais coincidentes com a mera prática da ação descrita no texto legal, sem referência a qualquer elemento de antijuridicidade, ainda que busque sua justificação material em outros contextos, como na motivação do legislador, na periculosidade geral da conduta ou em sua periculosidade abstrata.^{137,138} Essa opção do legislador, ao decidir tipificar certas condutas levando em conta sua capacidade de produzir danos, aferida estatisticamente, não visaria proibir ações potencialmente perigosas, mas teria por objeto inibir o descumprimento de certas condições de segurança, independente do contexto das circunstâncias concorrentes. A periculosidade real da ação, neste caso, seria o critério de valoração apenas no momento da criação legislativa do tipo penal, mas não serviria de instrumento identificador da antijuridicidade nos casos concretos.

Costa Jr., tomando como parâmetro a tutela penal do meio ambiente, sustenta que a proteção deste setor seja confiada principalmente à autoridade administrativa e que o direito penal venha a desenvolver a função secundária de punir a violação de prescrições emanadas

¹³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato, p. 146

¹³⁷ KRATZSCH, *apud* HERZOG, Felix. *Límites ao control penal de los riesgos sociales: una perspectiva critica ante el derecho penal em peligro*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, vol. 46, fasc. 1, pp. 317-327, jan.-abr. 1993, p. 85,

¹³⁸ OTTO, *apud* MENDONZA BUERGO, Límites, p. 296. No Brasil, COSTA JR., ao afirmar que, nos delitos de perigo abstrato, a tutela penal ofertada é tipicamente formal, porque não se permite ao juiz enfrentar o problema da efetiva periculosidade da atividade exercida, Direito Penal, p. 81, CRUZ, Os crimes de perigo, p. 118, e FRAGOSO, Lições, p. 292.

desta autoridade.¹³⁹ Assim o crime contra o meio ambiente seria uma mera desobediência aos preceitos da autoridade estatal competente em disciplinar o uso dos recursos ambientais, e o conteúdo do ilícito típico restaria exaurido pela violação das prescrições formais.¹⁴⁰

Ao justificar a concepção formal relativamente aos crimes de perigo abstrato, Herzog afirma que o objetivo dessa corrente seria garantir uma ordem jurídica abstrata que não abrisse a possibilidade de exclusão do injusto no caso concreto, conquistando assim uma estabilidade que atenda aos anseios da sociedade pelo controle de riscos.¹⁴¹ Esta abertura interpretativa subordinaria a proteção do bem jurídico ao prognóstico do autor sobre o risco e, com isso, desestabilizaria os padrões e patamares de expectativas de condutas que garantem a coesão social.¹⁴²

As dificuldades encontradas pelos formalistas giram em torno da incompatibilidade de suas ideias com os limites constitucionais do direito penal, especificamente, com o princípio da culpabilidade individual e com a exclusiva proteção de bens jurídicos.¹⁴³ Ao limitar sua atuação voltada à tutela dos bens jurídicos, o direito penal deve contentar-se em cercear atividades com capacidade e potencial para lesioná-los, e não expandir sua incidência sobre toda e qualquer conduta que viole patamares abstratos de expectativas, apresentados genericamente pelo legislador. A criminalização de meras condutas permite, portanto, a antecipação da tutela penal e uma proteção mais eficiente dos interesses sociais, a custa de extrapolação de limites historicamente construídos para fazer face à arbitrariedade estatal. Assim, faz-se necessário a identificação de critérios mais consistentes para a legitimação dos delitos de perigo abstrato dentro do sistema constitucional vigente.

Essa restrição de atividades inaceitáveis que venham conferir à ação um caráter digno de receber a sanção penal, somente se realiza pela identificação de elementos materiais que dotem os crimes de perigo abstrato de um conteúdo de injusto. Esse elemento material, entretanto, não pode ser apenas a segurança, como propõe Kindhäuser. Deve ser um elemento mais preciso e menos abrangente, que cumpra o papel de indicador negativo dos limites do *ius*

¹³⁹ COSTA JR., Direito Penal, p. 86.

¹⁴⁰ Idem, p. 87.

¹⁴¹ HERZOG, Felix. *Límites ao control penal de los riesgos sociales: una perspectiva critica ante el derecho penal em peligro*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, vol. 46, 1993, p. 85.

¹⁴² SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstrato y concreto em relación com el transito*. Revista Ibero-Americana de ciências penais. Porto Alegre, vol. 1, fasc.0, maio-ago. 2000, pp. 150-181.

¹⁴³ Para SILVA SÁNCHEZ, *un cambio en el modelo de imputación que diera lugar a una atribución de responsabilidad sin creación personal de riesgos jurídico-penalmente relevantes anularia el avance representado por casi doiscentos años de Derecho Penal liberal*. Política criminal, p. 139. No mesmo sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de Peligro, p. 292.

puniendi. Volz apresenta como diretriz do injusto penal de perigo abstrato o critério da assunção do risco pelo autor.¹⁴⁴ Para ele, a ação descrita no tipo é geralmente perigosa, e sua prática já implicaria a assunção do risco: porém, esta premissa legal pode ser contradita pela situação concreta, quando restar demonstrado que a conduta não apresenta condições de nem em abstrato colocar bens em perigo. Esta ausência de periculosidade de fato poderia, segundo Volz, decorrer de fatores não domináveis pelo agente, caso em que se manifestaria a tipicidade, ou por elementos que o agente conhece e controla, hipótese de não incidência da norma penal.¹⁴⁵

Dentro de uma linha metodológica mais ampla, agregando postulados do finalismo e do neokantismo, Gallas¹⁴⁶ constrói sua teoria acerca dos delitos de perigo abstrato a partir de um sistema penal fundado nas estruturas lógico-objetivas de caráter ontológico de Welzel e, ao mesmo tempo, importa elementos do pensamento normativo e teleológico do neokantismo. Ele constata que a ação típica compõe-se de um desvalor de ação inicial que, diante da produção do resultado, agrega um desvalor adicional que não substitui o desvalor de ação inicial, no entanto, mesmo este desvalor inicial da ação precisa ser materializado teleologicamente, ou seja, preenchido de conteúdo material, digno de castigo, o que só seria possível pela ótica do resultado que se pretende evitar. Isso implica dizer que o desvalor da ação, mesmo que subsista autonomamente, é pautado por uma reprovação ético-social que decorre do desvalor do resultado possível ou provável,¹⁴⁷ que irá legitimar a punição.

Assim, para Gallas, o fundamento último dos delitos de perigo abstrato será o desvalor da ação, não no sentido formal de adequação típica, e sim sob a perspectiva do desvalor do resultado. Esta construção teleológica é responsável pela descoberta de um elemento típico que está presente na conduta, mas se refere ao resultado: a periculosidade. Os delitos de perigo abstrato seriam, portanto, não crimes de desobediência, mas delitos de perigo possível, nos quais a periculosidade seria apreciada sob uma ótica *ex ante*, diferentemente dos delitos de perigo concreto, em que a situação de perigo se apresenta *ex post*.¹⁴⁸

A construção da perspectiva *ex ante* decorre, para Gallas, justamente da necessidade de identificar, já na ação, e exclusivamente nela, indícios de desvalor de resultado, o que só pode ser feito por um prognóstico de quem se coloca no lugar do autor, no instante da prática

¹⁴⁴ VOLZ, *Unrecht und Schuld*, 1968, p. 21 e ss., *apud* RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro*, p. 326.

¹⁴⁵ VOLZ, *Ibidem*, p. 327.

¹⁴⁶ GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delicto em su momento actual*. Barcelona: Bosch, 1959, p. 64.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 54.

¹⁴⁸ GALLAS, *apud* ANGIONI, *Il pericolo*, p. 221, SALAS ALMIRALL, *Causalidad e imputación*, p. 138, SILVEIRA, *Direito penal*, p. 96, TORÍO LÓPEZ, *Los delitos*, p. 835.

do ato. Tal perspectiva consistiria na reunião das circunstâncias conhecidas e conhecíveis pelo autor no momento do delito, e seria condição necessária e suficiente para a tipicidade. Nesse diapasão, os delitos de perigo abstrato seriam um estado prévio dos delitos de perigo concreto, que já demonstram um desvalor de resultado independente da conduta (*ex post*) que, por sua vez, o seriam em relação aos tipos de lesão, em que o desvalor de resultado integra evidentemente o ilícito típico. Essa construção permite reconhecer a periculosidade como base estruturante da ação penalmente relevante.¹⁴⁹

A proposta de Gallas aproxima-se em termos práticos ao pensamento de Binding, na medida em que ambos rechaçam os delitos de mera desobediência pela ausência de periculosidade da conduta típica. Entretanto, o fundamento metodológico das propostas é diverso na medida em que Binding parte de um direito centrado no desvalor do resultado, buscando na periculosidade uma justificativa para legitimar alguns dispositivos penais que não faziam referência a danos ou a perigos concretos enquanto que Gallas estrutura sua teoria no desvalor da ação, nas propostas finalistas, valendo-se do critério da periculosidade para orientar teleologicamente as normas penas e evitar um direito penal meramente formal.

A periculosidade assume, pois, a partir da construção de Gallas, a condição de elemento qualitativo que legitimará a atuação do *ius puniendi* nas hipóteses de perigo abstrato. A ação que importa ao direito penal será aquela que apresenta algum grau de risco para o bem jurídico, o que não implica, necessariamente, a verificação concreta de perigo ou de lesão, mas apenas na criação de condições potenciais para o surgimento destes resultados. A ação absolutamente inócua, que nem em abstrato apresenta riscos para os interesses tutelados, ainda que formamente descrita no tipo como passível de sofrer sanções, não interessa ao direito penal, sendo irrelevante sob a perspectiva de um sistema punitivo de um Estado Democrático de Direito.

A separação dos tipos de perigo abstrato em duas categorias distintas, que distinguem aqueles comportamentos que, para a tipicidade, precisam da periculosidade daqueles que são penalmente relevantes independentemente do contexto fático que envolve sua prática, numa posição claramente dualista, só foi possível a partir de Schröder, que reconheceu a categoria dos delitos de perigo abstrato-concreto, afirmando a existência dos delitos intermediários

¹⁴⁹ TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*. Anuario de Derecho Penal Y ciencias penales, Madrid, vol. 34, fasc. 2/3, maio-dez, 1981, pp. 825-847.

entre o perigo abstrato e o perigo concreto que, apesar de não exigirem a colocação real do bem jurídico em perigo, preveem a periculosidade como elemento do tipo.

A partir dos estudos de Schröder, Cramer separa os delitos sob análise em duas categorias distintas. Nas primeiras, os tipos penais de perigo abstrato voltados à proteção da vida, saúde e de outros bens individuais. Nestes casos, o tipo deveria ser analisado teleologicamente, vale dizer, para a tipicidade material, não bastaria apenas uma coerência formal da ação com a descrição típica, mas seria preciso estabelecer judicialmente a nocividade da conduta, sua periculosidade em relação ao bem que se quer proteger.¹⁵⁰ Estes delitos de perigo abstrato seriam caracterizados como tentativas de perigo concreto, e sua constatação derivaria de sua potência genérica para produzir um resultado lesivo. Cramer cria com isso uma espécie de zona de exceção, por meio da qual se impede a caracterização destes delitos como crimes formais e restringe sua incidência sobre atos que não ostentem intensidade para a criação de um perigo potencial.

De outra banda, esse autor afasta a exigência de periculosidade da ação nos tipos penais de perigo abstrato voltados para bens jurídicos suprapessoais, que não aceitariam esta redução interpretativa. A ausência de periculosidade não afetaria significativamente a tipicidade e importaria na responsabilização do atente pela prática objetiva do delito, porque esta espécie de interesse, dada a sua abstração, não permitiria a verificação de uma específica situação de risco.¹⁵¹ Logo, para Cramer, a similitude entre os tipos de perigo abstrato e os de perigo abstrato-concreto, seria restrita àqueles delitos voltados para a tutela de interesses individuais, e a capacidade potencial da conduta para causar danos não seria exigência para a tipicidade quando a norma protege bens difusos ou supraindividuais.

Na linha dos defensores da tese dualista, Wolter sustenta que os delitos de perigo abstrato seriam *próprios* quando dirigidos às ações em massa, àquelas condutas praticas em setores de risco, em que a padronização de comportamentos se faz necessária, como no trânsito e no comércio de armamentos. Seriam aqueles tipos destinados à ordenação de contextos de periculosidade. Nestes casos, o direito penal teria legitimidade para contentar-se com o mero desvalor da ação para a aplicação da pena. A peculiaridade destes âmbitos de organização exigiria que a norma penal incidisse sobre a simples realização da conduta, que bastaria à materialidade delitiva. Já os delitos de perigo abstrato *impróprios* estariam voltados à

¹⁵⁰ CRAMER, *Vollrauchtatbestand*, 1962, p. 61 e ss., apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 320 e TORÍO LÓPEZ, *Los delitos*, p. 833.

¹⁵¹ TORÍO LÓPEZ, *Los delitos*, p. 834.

proteção de bens individuais, à esfera particular de interesses de cada cidadão. Nestes casos, o tipo seria composto pela conduta desvalorada e pela presença de um resultado primário, ou seja, pela criação de um risco não aceito e adequado à lesão de bens jurídicos, a ser apreciado sob um ponto de vista *ex ante* pelo intérprete da norma.¹⁵²

Roxin, estabelecendo a proteção de bens jurídicos como limite material do direito penal, dá sua chancela à legitimidade dos crimes de perigo abstrato desde que o desvalor da ação indicada vise a proteção de bens jurídicos, o que só será possível nos casos em que a conduta perigosa proibida esteja claramente descrita e seja visível a referência ao interesse específico que busca tutelar.¹⁵³

Para Roxin, a natureza jurídica dos delitos de perigo abstrato aproxima-se da dos crimes culposos, e sua punibilidade dependerá da infração do cuidado devido que acarrete em um perigo de resultado, caracterizando-os como delitos de imprudência sem consequências, sendo aplicáveis por meio de uma análise da situação de fato, que permita afirmar a presença de um risco de dano, ainda que abstrato e em potencial.¹⁵⁴

Alinhando-se às posições dualistas anteriormente citadas, Roxin afasta desta construção de injusto os crimes de perigo abstrato relacionados às ações de massa, como os delitos de trânsito. Nestes, o autor reconhece a tipicidade da conduta mesmo quando, diante da situação fática e concreta, estiver totalmente excluída a possibilidade de lesão ou de colocação em perigo. Para essas circunstâncias, o direito penal operaria como um instrumento de didática para fortalecer as funções de prevenção geral, em detrimento de uma atuação voltada para o resguardo de bens particulares e específicos, que macularia sua proposta organizadora dos contextos de interação arriscada. O mesmo ocorreria nos tipos que protegem bens jurídicos difusos ou espiritualizados, como nos casos de falso testemunho, em que a natureza transindividual impõe que o desvalor da ação, por si só, fundamente a punibilidade.¹⁵⁵

Jakobs, sob uma perspectiva funcionalista radical, estabelece que o fundamento dos crimes de perigo abstrato será a periculosidade geral de um comportamento determinado ou com determinada consequência. Essa técnica seria necessária para a organização de um

¹⁵² WOLTER, Zurechnung, p. 356, apud MENDONZA BUERGO, Límites, p. 164.

¹⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 60.

¹⁵⁴ Idem, p. 408.

¹⁵⁵ Idem, pp. 408-409. SCHÜNEMANN também segue a linha exposta ao distinguir três categorias de delito abstrato, aqueles que constituem delitos de perigo com bem jurídico intermediário espiritualizado, aqueles que regulamentam ações de massa e, por fim, aqueles que tipificam uma tentativa imprudente por meio da infração do dever subjetivo de cuidado.

âmbito social por meio da normalização da conduta, desde que o comportamento externo apresente tendência a causar dano, ou seja, externamente perturbador. Isso implicaria na exclusão da legitimidade dos crimes de perigo abstrato direcionados a condutas que não sejam, por si, perigosas, mas dependam de atividades posteriores autônomas, como é o caso da produção de instrumentos que podem, eventualmente, ser utilizados em ações típicas. Segundo o autor, tais espécies de tipos de perigo abstrato invadem o âmbito interno dos cidadãos, porque pressupõem uma intencionalidade delitiva não demonstrada e não adequadas a um Estado de Direito.¹⁵⁶

Para Jakobs, a formulação dos delitos de perigo abstrato seria similar aos delitos de desobediência, exigindo do sujeito a atuação conforme a norma ainda quando esteja descartada a colocação em perigo concreto, ou seja, o mero desrespeito à norma tem sentido de injusto, mesmo diante da evidente ausência de periculosidade.¹⁵⁷ No entanto, esta construção não se aplicaria a todos os tipos de delitos abstrato, mas apenas àqueles voltados ao cumprimento de regras de organização. Isso porque o autor percebe que o caráter formal, necessário à consolidação de expectativas e à manutenção da funcionalidade de um contexto social de risco, como o trânsito ou o sistema financeiro, não se aplica aos tipos penais que visam resguardar bens jurídicos individuais específicos sem relação com um ambiente de periculosidade interacional como no caso do crime de incêndio, hipótese em que não bateria a mera conduta para o injusto penal, e o tipo deveria ser enriquecido mediante o requisito não descrito de uma imprudência sem consequências em relação ao bem protegido.

4.3 A adequação econômica da conduta e sua função na tutela do tipo penal antitruste

A intervenção penal antitruste materializou-se, inicialmente, por meio da lei penal 8.137/90, que em seus arts. 4º, 5º e 6º¹⁵⁸ incrimina o comportamento de abusar do poder econômico, como determina o comando normativo do art. 173, §4º, da Constituição Federal brasileira, que resulte em efetiva lesão à livre concorrência, manifestada pela dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros.¹⁵⁹

¹⁵⁶ JAKOBS, Günter. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 210-212.

¹⁵⁷ Idem, p. 213.

¹⁵⁸ A Lei nº 12.529/2011 (nova lei antitruste) revogou os arts. 5º e 6º, da Lei nº 8.137/90, estabelecendo em seu art. 36 as condutas anticoncorrenciais, preservando, entretanto, a figura típica de abuso do poder econômico por meio do domínio do mercado, previsto no art. 4º, da Lei nº 8.137/90.

¹⁵⁹ SILVA, Ivan Luiz da. *Direito Penal Econômico e Teoria da Adequação Econômica da Conduta. o significado econômico da conduta em face da lei penal antitruste*. Tese de doutoramento. Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 310.

A conduta nuclear dos delitos contra a livre concorrência é a ação de abusar do poder econômico, que se materializa através dos comportamentos descritos nos três tipos penais antitruste acima mencionados. De imediato, percebe-se que os elementos do tipo penal antitruste apresentam, de modo geral, caráter de elemento normativo, o que exige a realização de um juízo valorativo, conforme os parâmetros da tutela jurídica concorrencial, para aferir-se seu significado e relevância no contexto do injusto penal. Assim, a teoria da adequação econômica da conduta funciona como um instrumento hermenêutico específico na seara da tutela penal antitruste para identificar a abusividade do exercício do poder econômico, requestada pelos tipos penais dos delitos de abuso do poder econômico.¹⁶⁰

Sabe-se que a atividade punível penalmente como delito é sempre uma conduta humana (ou da pessoa jurídica). Todavia, nem todo comportamento social tem relevância para o direito penal, pois quando uma conduta se mostra penalmente relevante o legislador precisa reduzi-la a um tipo penal.¹⁶¹ Significa dizer que o legislador por meio do tipo seleciona no universo das condutas, a princípio penalmente indiferentes, aquelas que são relevantes para o direito penal e que serão valoradas como jurídicas ou antijurídicas.¹⁶² De fato, já se disse que *o direito penal só trabalha com tipos e pensa em tipos*.¹⁶³ O direito penal é, por excelência, um direito tipológico, porque estatui em tipos penais – modelos abstratos – os comportamentos desvalorados para a sociedade e a ordem jurídica.

No que diz respeito ao início da concepção de tipo penal, Günter Stratenwerth¹⁶⁴ ensina que o conceito de “estado típico de fato” provém historicamente do instituto do *corpus delicti*, formulado primeiramente por Farinacius (1581). O *corpus delicti* inicialmente referia-se à totalidade dos vestígios exteriores de um delito, passando a indicar, posteriormente, nos séculos XVIII e XIX, a totalidade dos elementos que pertencem a um crime, sendo traduzida para o idioma alemão como *Tatbestand*.¹⁶⁵

¹⁶⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Idem. p. 310.

¹⁶¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 51.

¹⁶² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Ibidem. p. 63.

¹⁶³ SAUER, Guillermo. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Bosch, 1956. p. 114.

¹⁶⁴ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general: el hecho punível*. Madrid: EDERSA – Editorial de Derecho Reunidas S. A., 1982. t. I, p. 61.

¹⁶⁵ Luiz Luisi (o tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: SAFE – Sérgio Antônio Fabris, 1987. p. 13-14) menciona que o termo *Tatbestand* (literalmente “estado de fato”) tem sido traduzido para os idiomas românicos de diversos modos. Na Itália, usa-se geralmente, *fattispecie*, mas há que use também o termo *fatto*. Na França, usou-se a expressão *éléments légaux* para traduzir a locução *gesetzliche Tatbestand* do código penal alemão de 1871. Na Espanha, a tradução dessa mesma expressão alemã foi *contenido legal del hecho*. Sebastian Soler traduz *Tatbestand* como delito-tipo. Há ainda aqueles que reputam esse termo alemão como intraduzível. Em língua portuguesa, no geral, usa-se o vocábulo *tipo* para traduzir *Tatbestand*. Ernst Ferdinand Klein foi o primeiro a empregar, em 1796, o termo alemão *Tatbestand* como

A dogmática penal alemã do século XIX já referia à noção de tipo no *Tratado de derecho penal*, de Feuerbach¹⁶⁶, que sustentava a ideia de crime como uma lesão contida na lei penal ou uma ação contrária ao direito de outrem, prevista em uma lei penal como também no *Tratado de direito penal alemão* de Liszt¹⁶⁷, que ensina que o crime é uma transgressão a um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica, para o qual o Estado comina uma pena.

A partir da visão de Beling, em sua obra, *Die Lehre von Verbrechen* (doutrina do delito), de 1906, atribui-se um sentido mais restrito ao conceito de *Tatbestand* para convertê-lo em um elemento constitutivo da estrutura tripartite do delito: ação típica, antijuridicidade e culpabilidade¹⁶⁸. Entretanto, essa concepção de Beling considerava o tipo penal puramente descritivo e isento de qualquer juízo de valor.

Essa concepção do tipo objetivo e avalorado foi superada com a descoberta e sistematização dos elementos subjetivos e normativos do tipo penal e especialmente com o desenvolvimento do sistema criminal finalista por Welzel, que inseriu o dolo e a culpa no interior da conduta típica.¹⁶⁹ A descoberta dos elementos normativos do tipo por Max Mayer¹⁷⁰, que os identificou como as partes do tipo penal que estão em uma relação valorativa com a conduta humana também contribuiu para vencer o caráter avalorado do tipo penal, mas essa concepção só foi definitivamente superada com a formulação da ideia do tipo penal finalista, que considera o dolo e a culpa como conteúdo da conduta típica, iniciada por Helmuth von Weber e Alexander Graf Zu Dohna e desenvolvida definitivamente por Hans Welzel.¹⁷¹

Na doutrina brasileira o conceito de tipo penal é bem delineado por Francisco de Assis Toledo, como sendo um modelo abstrato de comportamento proibido. Em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica.¹⁷²

tradução da expressão latina *corpus delicti*. Menciona-se, ainda, que o termo *Tatbestand* já se encontrava no parágrafo 133 da Ordenação Criminal prussiana. Apud SILVA, Ivan Luiz da. p. 313.

¹⁶⁶ FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 64.

¹⁶⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas: Russell, 2003, a.t. I, pp. 209 e 236.

¹⁶⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Ibidem., p. 62; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*, Ibidem. p. 52.

¹⁶⁹ Idem, p. 62.

¹⁷⁰ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte general*. Buenos aires: B de F, 2007. p. 231 e ss.

¹⁷¹ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: SAFE – Sérgio Antônio Fabris, 1987, p. 30.

¹⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 127.

No que tange à interpretação do tipo penal, Cláudio Brandão¹⁷³ preleciona que seu método de análise desenvolve-se em três planos: o plano valorativo, o plano da linguagem e o plano da realidade. No plano valorativo estuda-se o tipo com referência ao bem jurídico, verificando-se se a conduta formalmente típica lesiona efetivamente o bem jurídico; o da linguagem evidencia que a descrição típica é realizada através de elementos linguísticos, que podem ter maior ou menor acerto; no plano da realidade analisa-se o substrato material do tipo, representado por diversos elementos da conduta descrita (sujeito ativo, sujeito passivo, objeto material, elementos objetivos, subjetivos e normativos).

Todavia, a imprecisão dos termos legais decorrentes da limitação técnica legislativa e o caráter abstrato do tipo penal atribuem à descrição da conduta incriminada uma amplitude maior que a necessária para proteção do bem jurídico, já que algumas condutas sem significação jurídico-penal, até mesmo condutas socialmente adequadas ou socialmente necessárias, poderão ser alcançadas pela descrição típica.¹⁷⁴ Assim, tal como uma espécie de “filtro” visando materializar apenas a punibilidade indispensável à proteção do bem jurídico a teoria da adequação social da conduta funciona como o instrumento hermenêutico necessário à interpretação restritiva do tipo penal.¹⁷⁵

Nesse contexto, a construção do tipo penal visando tutelar especificamente a *atividade econômica*, esbarra na complexidade e fluidez dos conceitos e critérios concernentes à matéria econômica, o que tem levado o legislador a adotar como técnica própria do direito penal econômico a construção de tipos abertos, emprego massivo de lei penal em branco, e os tipos de perigo abstrato, ensejando uma inevitável minimização das garantias da taxatividade que deve acompanhar a descrição das condutas tipificadas e da precisão na compreensão do que constitui o injusto penal.¹⁷⁶

Faria Costa¹⁷⁷ menciona que doutrinariamente se tem defendido que o ilícito-típico econômico deve ser condicionado por uma ideia de abertura, ou seja, por uma ideia de menor rigidez na definição dos seus elementos típicos. Essa abertura é detectada na existência de tipos penais em branco e na consagração de tipos constituídos com cláusulas gerais.

¹⁷³ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Ibidem. p.58-59.

¹⁷⁴ SILVA, Ivan Luiz da. *Direito Penal Econômico e Teoria da Adequação Econômica da Conduta*. Ibidem., p. 318.

¹⁷⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47.

¹⁷⁶ Nesse sentido: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978, p. 73.

¹⁷⁷ COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 111.

Tiedemann¹⁷⁸ sustenta que em virtude da complexidade dos processos e da regulação da atividade econômica o legislador não pode dispensar o emprego dos elementos normativos na construção dos tipos penais econômicos. Por outro lado, rebate a crítica do uso desses elementos defendendo que a responsabilidade penal com base nesses elementos normativos só deve se verificar quando e na medida em que estes elementos constituem valorações reconhecidas e seguras.

Para fazer face à dinâmica da natureza da atividade econômica, sua tutela penal econômica passa também pela criação de tipos penais através da técnica legislativa da lei penal em branco. Nesse sentido, Tiedemann pondera que:

No âmbito da tipicidade é característico do Direito penal econômico o uso de normas penais em branco, que dizer, normas “abertas” total ou parcialmente que se remetem para ser completadas e complementadas por normas com categoria inferior à lei (normas penais em branco em sentido amplo).¹⁷⁹

Ressalte-se, entretanto, que o uso desmesurado e massivo da técnica legislativa da norma penal em branco pode conduzir a uma indesejada transferência de competência legislativa em matéria penal para o Executivo, causando, ademais, vulnerabilidade ao princípio da taxatividade já que o complemento normativo do tipo penal nem sempre é elaborado sob os rigores da tipicidade e legalidade.

Outra técnica legislativa empregada na tutela do tipo penal econômico é a de tipos de perigo abstrato, caracterizado pela dispensa da existência de uma lesão ao bem jurídico, tem sido comumente empregado para facilitar a prova processual e antecipar a proteção do bem jurídico supraindividual. A banalização dessa técnica, entretanto, provoca um alargamento irracional do âmbito de punibilidade penal a ponto de se falar em um verdadeiro direito penal do perigo, a exemplo da experiência do direito penal nazista.¹⁸⁰ Nesse contexto, o lícito e o ilícito parecem cada vez mais próximos, e demarcar a linha divisória tem sido o grande problema da dogmática penal contemporânea.

Esse modelo de direito penal econômico caracteriza-se pelo alargamento e antecipação da intervenção penal, pois se abandona a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema punitivo para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização mediante o uso massivo da técnica de tipificação por meio do crime de perigo abstrato. Especificamente, no que diz respeito à formulação dos tipos penais antitruste, constata-se que

¹⁷⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Ibidem. p. 34.

¹⁷⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 2003, p. 158.

¹⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal económico como direito penal do perigo*. Ibidem., p. 14.

apresentam os mesmos defeitos, a saber: tecnicismo terminológico, fluidez conceitual, complexidade e imprecisão redacional.¹⁸¹

O legislador pátrio, visando proteger penalmente a livre concorrência, inicialmente, buscou estatuir o maior número possível de condutas puníveis em apenas três artigos (4º, 5º e 6º) da Lei 8.137/90¹⁸², que descrevem não menos que setenta comportamentos delituosos em pouco mais de vinte dispositivos. Por essa razão, enfatiza-se que nos crimes econômicos a tipicidade penal deve ser estabelecida com extrema cautela em razão da cláusula do risco econômico permitido, inata ao direito econômico em particular. Assim, o juízo de tipicidade referente ao delito econômico deve levar em conta o domínio fluido das relações econômicas, no qual surgem comportamentos economicamente adequados que poderão excluir a tipicidade penal.¹⁸³

4.4 A exigência da concepção material da ilicitude para o injusto penal econômico

A aceitação da concepção material da ilicitude penal tem considerável importância prática na medida em que permite o escalonamento do injusto segundo sua gravidade para fins de gradação da reprimenda a ser infligida, indica que uma ação lesiva a dado bem jurídico é socialmente desvaliosa porque provoca mais dano que benefício além de possibilitar a fixação legal das causas de exclusão de ilicitude e reconhecimento das justificantes supralegais.¹⁸⁴

A noção de ilicitude penal sinaliza, pois, ao legislador quais as circunstâncias da realidade social que devem ser formalizadas como ilícitas, porquanto apenas os comportamentos que lesionam ou ameaçam lesionar as condições existenciais da sociedade devem ser valorados como ilícitos. Inicialmente defendida por Franz Von Liszt, a concepção material da ilicitude penal, passou a considerar como antijurídica a conduta que lesiona ou põe em perigo um determinado bem jurídico. Todavia, o refinamento teórico da ilicitude penal material deve-se à dogmática penal neokantista, que desenvolveu seus fundamentos

¹⁸¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Direito Penal Econômico e Teoria da Adequação Econômica da Conduta*. Ibidem. p. 331.

¹⁸² A Lei nº 12.529/2011 (nova lei antitruste), revogou os arts. 5º e 6º, da Lei nº 8.137/90, estabelecendo em seu art. 36 as condutas anticoncorrenciais, preservando, entretanto, a figura típica de abuso do poder econômico por meio do domínio do mercado, previsto no art. 4º, da Lei nº 8.137/90.

¹⁸³ CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 101.

¹⁸⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. Granada: Comares, 1993, pp. 211-212.

dogmáticos vinculados ao prejuízo social causado pelo fato punível e a definiram como danosidade social.¹⁸⁵

A ilicitude penal material é, pois, a qualidade negativa da conduta típica que contraria o direito, porquanto lesiona efetivamente o bem jurídico tutelado pela norma penal violada. É a ilicitude penal por excelência, uma vez que uma conduta típica que contraria as normas do sistema jurídico, não pode deixar de lesar ou expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados por essa mesma ordem jurídica. Significa dizer que uma conduta que se amolda a um tipo penal somente é formalmente ilícita quando também materialmente ilícita.¹⁸⁶

Roxin esclarece em arremate que uma conduta será considerada materialmente antijurídica à medida que exterioriza uma concreta lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma penal infringida e a que não se pode reprimir suficientemente através de instrumentos extrapenais.¹⁸⁷

No âmbito do direito penal econômico, entende-se necessária a ilicitude penal material da conduta típica para a configuração do injusto penal, a qual radica danosidade social que a infração acarreta à ordem econômica e à sociedade.¹⁸⁸ Com efeito, em razão da premissa da competitividade ínsita ao exercício da atividade econômica capitalista, não se verifica a ilicitude penal econômica sem que antes se materialize a ilicitude na seara jus-econômica extrapenal.

A intervenção penal antitruste objetiva punir o abuso do poder econômico, uma vez que apenas as práticas concorrenciais que constituem exercício abusivo do poder econômico são penalmente reprováveis. Assim, o injusto penal econômico se configura somente quando a conduta típica é qualificada como materialmente ilícita, isto é, lesiona a livre concorrência e contraria os fins da ordem econômica, já que não se pune a mera aquisição e manutenção do poder econômico *per se* no mercado.¹⁸⁹

A ilicitude material exprime o caráter antissocial da conduta típica que se manifesta na contradição do fato como o interesse econômico protegido pela norma penal. A concepção material da ilicitude penal tem como núcleo o contraste entre o comportamento e as condições

¹⁸⁵ RIGHI, Esteban. *Antijuridicidad y justificación*. Ibidem. p. 20.

¹⁸⁶ DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estrutura de la teoria del delito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, p. 45.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Ibidem. p. 558.

¹⁸⁸ COSTA, José de Faria. *O direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude*. In: *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários*. Coimbra, 1998, p. 416.

¹⁸⁹ SILVA, Ivan Luiz da. *Direito penal econômico e teoria da adequação econômica da conduta*. Ibidem. p.348.

existenciais da vida econômica, que constituem o bem jurídico, ou seja, a ordem econômica nacional, e não a contradição entre o fato e o teor literal da norma penal.¹⁹⁰

¹⁹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Ibidem., pp. 223-224.

5 TUTELA ANTITRUSTE - PROTEÇÃO JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DO DESVALOR DA AÇÃO

5.1 A concorrência e a concentração de poder econômico

A partir da Revolução Industrial e da revolução liberal do século XVIII, surge o sistema de economia de mercado. Enquanto a Revolução Industrial promovia a expansão da produção industrial de bens econômicos visando a comercialização no livre mercado e um acúmulo de capital proveniente dos lucros obtidos, a Revolução Liberal possibilitou um regime de liberdade favorável ao espírito de empresa, desdobrando-se em liberdade de concorrência comercial e de trabalho, colocando-se como princípio fundamental da liberdade econômica.¹⁹¹ Essas condições políticas e jurídicas permitiram a Adam Smith, em 1776, lançar sua obra “a riqueza das nações”, que estabelece as bases da concepção do liberalismo econômico e da economia de mercado assentado sobre os postulados da liberdade individual em matéria econômica e da livre concorrência comercial e liberdade de trabalho.

A realidade da época em que a investigação acerca da natureza e causas da riqueza das nações foi levada a cabo na obra de Smith, foi muito bem retratada no prólogo escrito por José M. Tallada¹⁹²:

El mundo atraviesa una crisis económica, tan intensa, extendida y duradera, de tan especiales caracteres, que los economistas se preguntan inquietos si se está en presencia de un fenómeno cíclico, de uno de esos desequilibrios entre producción y consumo de mercaderías que son característicos de la actual organización económica de la Sociedad, o bien si la crisis es algo más grave y profunda, si es que la humanidad ha llegado a una de esas esquinas de la historia en que rompe con su pasado y emprende rumbo a nuevos horizontes en su milenaria evolución.

Para o liberalismo econômico o interesse individual coincide com o interesse geral, devendo-se, portanto, conceder plena liberdade de ação aos interesses privados, pois, quando o indivíduo busca maximizar a satisfação pessoal, está também contribuindo para a obtenção do máximo bem-estar social.¹⁹³ A harmonização dos diversos interesses individuais egoísticos seria realizada pela denominada “mão invisível” que conduz o mercado, ou seja, pela livre competição entre os indivíduos no mercado de bens econômicos.

¹⁹¹ LAJUGIE, Joseph. *Os sistemas econômicos*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993, pp. 45-49

¹⁹² SMITH, Adam. *Riqueza de las naciones*. Prólogo de Tallada, José M., vol. 1. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, p. 5.

¹⁹³ SOUZA, Nali de. *Curso de Economia*. São Paulo: 2003, p. 46.

Segundo essa compreensão, entende-se que a livre concorrência favorece à maximização do desenvolvimento econômico da nação e que os benefícios desse desenvolvimento seria partilhados por toda a sociedade.

Para a concepção clássica, a economia de mercado baseia-se na premissa de um *mercado atomizado*¹⁹⁴, em que há um grande número de unidades produtivas relativamente pequenas, e que por isso não seria possível a um agente econômico adquirir uma posição dominante no mercado em face dos demais. Com efeito, no início da Revolução Industrial e do liberalismo econômico, as unidades de produção eram de dimensões reduzidas, porque a maquinaria para produzir era de pequeno porte e de grande simplicidade mecânica. Isso facilitava a entrada de agentes econômicos num mercado que se mostrasse promissor ou a saída em caso contrário, sem que houvesse maiores comprometimentos do capital fixo.¹⁹⁵

Não obstante, durante a Revolução Industrial algumas unidades produtoras, em vários setores da economia, obtiveram vantagens com a redução de seus custos de produção em razão do fenômeno das economias de escala, resultando num incremento exponencial de sua produção e vendas em detrimento dos demais agentes econômicos, que tiveram uma redução na sua participação no mercado. Estes últimos foram gradualmente sendo expelidos do mercado por não poderem concorrer com aqueles outros economicamente mais eficientes, que ficaram sozinhos no mercado, tornando insubsistente o pressuposto a atomização do mercado, que constituía a base da ideia da livre com concorrência para o liberalismo econômico. Nesse contexto, houve a concentração de poder econômico privado em vários setores econômicos. Verificou-se que os efeitos danosos dessa concentração de poder econômico incidia sobre os mecanismos de funcionamento do mercado, que se tornaram inoperantes para a tomada de decisões econômicas, já que o funcionamento do mercado, grosso modo, passou a depender dos interesses de algumas poucas unidades econômicas.¹⁹⁶

No Brasil, a Constituição, ao mencionar a expressão “abuso do poder econômico”, reconhece a existência do poder econômico, que não é, portanto, inconstitucional ou, de qualquer forma, rechaçado pela Constituição. O legítimo uso do poder econômico não sofre

¹⁹⁴ *Atomização* significa que no mercado deve existir um grande número de agentes econômicos (vendedores e compradores), em que cada um deles tem hipoteticamente estrutura e poder econômico igual aos dos demais, em interação recíproca e sem que algum seja grande ou possua poder suficiente para interferir no funcionamento do mercado. Nesse contexto, nenhum dos agentes econômicos representa risco à existência dos outros integrantes do mercado.

¹⁹⁵ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia, introdução ao direito econômico*. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 171.

¹⁹⁶ Idem, pp. 173-174.

nem poderia sofrer qualquer tipo de reproche ou restrição, sendo essencial tanto ao regime liberal da iniciativa privada quanto ao desenvolvimento do país.

No entanto, o exercício do poder econômico deve ser calcado no interesse maior da sociedade, não podendo, de maneira alguma, limitar a liberdade de iniciativa de outros agentes econômicos que se encontrem em situação menos favorável. O que se pode e deve reprimir é, portanto, o abuso do poder, que pode ser praticado por qualquer um que o detenha de forma expressiva. Um ato praticado por um diretor, gerente, representante ou agente, que não pode dispor de bens ou ações, mas pode, com os poderes que detém, atuar na vida econômica na posição de abusar deles visando dominar o mercado ou eliminar a concorrência, aumentando, arbitrariamente os lucros, seus ou da empresa a que serve.¹⁹⁷

Diferenciando, nessa mesma linha, o exercício legítimo do poder econômico de seu abuso, temos que o uso do poder econômico é o uso livre de um capital, enquanto seu abuso é o uso livre deste capital que resulta na exclusão de outros agentes econômicos, os quais, apesar de deterem um capital, não podem competir, porque o capital é inferior na quantidade ou na qualidade.¹⁹⁸

O abuso de poder econômico pode se manifestar através de três formas distintas, expressamente previstas no texto constitucional (art. 173, §4º), ou seja, por meio da dominação de mercados, da eliminação da concorrência e do aumento arbitrário de lucros. Interessante notar que, embora independentes entre si, tais formas de abuso de poder econômico estão intimamente relacionadas e a ocorrência de uma praticamente enseja a outra.¹⁹⁹ Nesse caso, as distorções econômicas se acentuam, e, então, faz-se imperioso o intervencionismo do Estado.

Para Pontes de Miranda, entende-se por dominar o mercado a situação de poder impor o preço de mão-de-obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas.²⁰⁰ Obviamente, dominar implica estar em condições de impor sua vontade sobre o mercado. Não importa se esse domínio se exerça numa parcela pequena do território nacional. Dependendo da natureza do produto, da qualidade e do preço dos transportes, o seu mercado pode ser nacional, regional ou local. Mercado vem a ser o ponto abstrato de convergência

¹⁹⁷ SILVA, Américo Luis Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 1996, p. 58.

¹⁹⁸ DERANI, Cristiane. *Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização. Tese de livre-docência*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

¹⁹⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método. 2006, p. 268.

²⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968. t. VI, p. 50.

entre compradores e vendedores, e é claro que conforme as condições acima apontadas sua amplitude pode variar geograficamente.

No que toca à eliminação da concorrência, comentando a expressão ainda sob a égide da Constituição de 1967, reconhecidamente intervencionista, advertia Pontes de Miranda que a referida Carta Política mantinha a convicção de que deveriam ser livres as ofertas e as procuras e, por isso mesmo, toda ação ou série de ações, que, em vez de ser para obter, lealmente, os mercados, se serva da eliminação da concorrência, lhe parece nociva.²⁰¹ A intenção era, pois, o combate a toda forma de eliminação da concorrência, mantendo o mercado no qual se fomentasse a livre competição entre os agentes econômicos.

5.2 A livre concorrência e sua tutela jurídica

A competição entre os agentes econômicos e a conquista de parcela de determinados mercados de bens ou serviços são as bases estruturantes da atuação em uma economia de mercado. Nesse propósito, o agente necessita de capacidade de decisão e de dominação econômica em relação aos demais competidores. A essência desse poder está exatamente na independência de tomada de decisões e na capacidade de influenciar o comportamento concorrencial dos demais competidores. No Brasil, não existe óbice legal ao exercício do poder econômico desde que seja consentâneo aos objetivos da ordem econômica nacional insculpidos no art. 173, §4º, da Constituição Federal, que repudia apenas manifestações abusivas do poder econômico que ameacem ou lesionem o regular funcionamento do mercado.

Sabe-se que desde a Antiguidade existem normas referentes à proteção da concorrência na Economia. Todavia, cumpre reconhecer que, na verdade, tais regras disciplinavam apenas a conduta dos agentes econômicos no exercício de sua atividade econômica, pois nesse contexto a concorrência é compreendida apenas como o fenômeno que se verifica quando duas ou mais pessoas estavam dispostas a trocar, vender ou comprar a um terceiro um mesmo bem intercambiável. Isso porque, a concepção da concorrência nas relações econômicas como um fator de regulação do mercado surge a partir do século XVIII.²⁰²

²⁰¹ MIRANDA, Pontes de. Idem, p. 50

²⁰² FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 29.

Klaus Tiedemann resume a evolução histórica do direito econômico e consequentemente da chamada concorrência econômica partindo de bases em que os Estados, em tempos de crise, visando à proteção contra abusos de poder econômico, sancionavam penalmente as intervenções estatais no livre desenvolvimento econômico. Segundo o Catedrático da Universidade de Friburgo de Brisgóvia, o direito romano clássico castigava com severas penas as especulações e a acumulação para assegurar o estoque de cereais, bem como as violações relacionadas à proibição de exportação de aço e armas. Já a idade média trouxe consigo um conceito global de aplicação geral do falso que reuniu, até a entrada da idade moderna e em um primeiro momento sem um desenvolvimento de um tipo penal específico de fraude com o requisito de um dano patrimonial doloso.²⁰³

No Limiar do século XXI pode se afirmar, sem dúvida, que um dos motores do progresso social é representado pelo chamado instinto de superação, ou seja, o desejo pessoal e coletivo de alcançar novas metas, de dominar o ambiente. Na realidade, o homem, segundo sua razão, constância e experiência tem tido que superar com seu trabalho, ao longo da história, seus próprios condicionamentos; orientar, através do processo educativo, sua agressividade para tarefas criadoras no campo industrial, científico, cultural, desportivo... É necessário, portanto, para alcançar o progresso individual e social, “competir”, “concorrer” com o poder criador de terceiros para oferecer os bens e serviços que satisfaçam, em cada momento histórico concreto, as necessidades humanas e sociais, no entanto, essa competição, *a priori*, legítima e conveniente, deve realizar-se de forma ordenada e transparente.²⁰⁴

Essa livre atuação dos agentes econômicos visando a preservação do sistema liberal (livre concorrência e livre mercado) alavancada pela Revolução Industrial acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação dos mercados. As concentrações e os monopólios causavam distúrbios sociais não indiferentes. Basta pensar na prática dos chamados “preços de monopólio”, que propiciam alto lucro para o produtor ou comerciante, pagos pela população. De outra parte, os monopólios ou as grandes concentrações de poder econômico, acabam por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho.²⁰⁵

²⁰³ TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal econômico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 61-62.

²⁰⁴ MARTOS NUÑEZ, Juan Antônio. *Derecho penal econômico*. Madrid: Editora Montecorvo, S.A., 1987, pp. 288-289.

²⁰⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. 4ª. ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Ao conceituar concorrência econômica, Martos Nuñez, citando Andrés Sánchez, pontifica:

La libertad de competencia implica, según SÁNCHEZ ANDRÉS (232), “la igualdad jurídica de los competidores y en consecuencia su finalidad es, también, la de asegurar el triunfo del más digno económicamente a través de una competición que se considera el criterio más idóneo para elegir al más adecuado” [...] De ahí que, em la economía de mercado, la competencia sea siempre relativa, em función de diversos factores, como los monopolios, los precios, los salarios, etc., que influyen directamente em la formación del mercado.²⁰⁶

A par da constatação de efeitos danosos da concentração de poder econômico privado em vários setores incidentes sobre os mecanismos de funcionamento do mercado, os quais se tornaram inoperantes para a tomada de decisões econômicas, o funcionamento do mercado, *grosso modo*, passou a depender dos interesses de algumas poucas unidades econômicas.²⁰⁷

Para fazer face à competição e concentração econômica, alguns agentes econômicos tiveram de realizar atos de concentração econômica para enfrentar os demais competidores e permanecer no mercado, tais como fusões, aquisições e arranjos contratuais (societários), cuja modalidade mais comum no direito anglo-saxão denomina-se *trust*,²⁰⁸ cujo objetivo principal era interferir nas relações de oferta e demanda para fins de aumentar o preço dos bens e seus lucros.

O *trust* – que em inglês significa confiar – é um instituto jurídico típico do direito anglo-saxão empregado para a integração entre empresas, baseado nas normas do *Common Law* que permitem ao proprietário, por meio de um contrato, transferir a outrem a propriedade formal de um bem – *legal ownership* –, estabelecendo que os resultados da exploração ou administração do bem reverta em benefício do instituidor do *trust* – *beneficial ownership*. De modo geral, tem-se usado o termo *trust* para designar qualquer forma de união entre empresas e de concentração econômica.²⁰⁹

Pode-se afirmar que a concentração do poder econômico privado, seja por aquisição natural ou mediante *trusts*, representa uma falha na estrutura estabelecida para o funcionamento do mercado, pois essa estrutura passa a não mais corresponder àquela própria

²⁰⁶ MARTOS NUÑEZ, Juan Antônio. *Ibidem*, p. 289.

²⁰⁷ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao direito econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 173-174.

²⁰⁸ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 55.

²⁰⁹ NUSDEO, Idem., 1997, p. 316.

de um sistema de economia de mercado, que tem na livre concorrência seu pressuposto primacial.²¹⁰

Constatou-se, então, que a adoção e prática do princípio da liberdade econômica de modo absoluto, permitiu que as manifestações do poder econômico privado, por meio de atos de concentração econômica, promovessem a supressão da própria livre concorrência, que deveria conduzir harmonicamente a economia de mercado. Além disso, percebeu-se que a concentração econômica também afetava perniciosamente a esfera social, como assinala João Bosco Fonseca:

A concentração econômica gerou problemas no relacionamento econômico e social dentro do mercado, o que exigiu que uma nova força entrasse em cena. A concentração econômica fez surgir o poder econômico privado que, de um lado, procurou dominar e eliminar as empresas economicamente mais fracas, e, de outro lado, gerou uma situação de violenta dominação sobre os trabalhadores, que Marx e Engels detectaram no meado do século, e Leão XIII também analisou na Encíclica *Rerum Novarum*.²¹¹

Em termos de direito comparado, sem a pretensão de esgotar seu universo, pode-se afirmar que a legislação antitruste americana, sobretudo o *Sherman Act*, serviu de inspiração para os ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, em razão do grau de desenvolvimento, já que desde 1890 e durante todo o século XX foi aplicado aos milhares de casos levados aos tribunais, além de ser objeto de inúmeros estudos científicos sobre o tema.²¹²

5.3 A tutela antitruste no direito brasileiro

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 115, é o primeiro texto constitucional brasileiro a referir-se às preocupações atinentes à liberdade econômicas. Paula Forgioni²¹³ menciona que: “A liberdade econômica aparece, assim, em nosso ordenamento, intrinsecamente ligada à ideia de que ao Estado é facultado intervir na (art. 116) e sobre a economia (art. 117) no resguardo de interesses maiores que aquele dos agentes econômicos individualmente considerados”.

Em termos de norma constitucional, pode-se afirmar que a diretriz que norteou a edição da primeira legislação antitruste brasileira foi a Constituição Federal de 1937 cujo art.

²¹⁰ NUSDEO, Idem., 1997, p. 174.

²¹¹ FONSECA. João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 15.

²¹² SHIEBER, Benjamim M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Editora RT, 1966, pp. 15-17.

²¹³ FORGIONI. Idem, 2005, pp. 108-109.

141 foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que dispunha sobre os crimes contra a economia popular, qualificando-o como a primeira lei antitruste brasileira, pois é o primeiro diploma legal destinado a coibir quaisquer atos tendentes a restringir a livre concorrência na economia nacional.²¹⁴

A respeito desse marco legislativo na tutela antitruste nacional, Paula Forgioni destaca:

Note-se que o primeiro diploma brasileiro antitruste surge com uma função constitucionalmente bastante definida, buscando a tutela da economia popular e, portanto, precipuamente, do consumidor. [...].

O antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.²¹⁵

Em 10 de setembro de 1962 foi aprovada a Lei nº 4.137/1962, que disciplinava a repressão ao abuso do poder econômico, nos termos da art. 148 da CF/1946. O art. 8º desse diploma legal criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com a tarefa de apurar e reprimir o abuso do poder econômico.²¹⁶

Com o início da abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia nacional pelo novo governo em 1990, apresentou-se a necessidade de uma nova lei antitruste para regular o comportamento dos agentes econômicos a partir de então “livres” no mercado para reprimir o abuso do poder econômico. Assim, a Medida Provisória nº 204/1990 foi convertida na Lei antitruste nº 8.158/1991, com a finalidade de instituir normas para a defesa da concorrência, bem assim conferir maior celeridade aos procedimentos administrativos de apuração das infrações à ordem econômica, criando para tanto a SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Não obstante, a Lei antitruste nº 8.158/1991 manteve expressamente a vigência da Lei antitruste nº 4.137/1962, que continuou definindo os ilícitos e as respectivas sanções referentes às práticas anticoncorrenciais.

O modelo de tutela antitruste brasileiro baseado em dois diplomas legais ensejou a discussão sobre a necessidade de uma nova lei para sistematizar e aperfeiçoar suas normas. Surge então a Lei antitruste nº 8.884/1994, que revogou expressamente (art. 92) aquelas leis anteriores sobre a matéria. A nova lei implementou o que se denomina Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelos órgãos antitruste, a saber: Conselho

²¹⁴ SHIEBER. Ibidem, 1966, p. 3.

²¹⁵ FORGIONI. Ibidem, 2005, p. 114.

²¹⁶ Idem, p. 141.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Secretaria de Direito Econômico (SDE).²¹⁷

A despeito da sistematização da tutela antitruste, adotada pela Lei 8.884/94, João Bosco Fonseca esclarece:

A Lei nº 8.884/1994 dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. O que pretende o legislador é estabelecer uma garantia mais ampla à liberdade de concorrência, incluindo-se simultaneamente entre os sistemas de proibição do perigo e os de proibição do resultado. No primeiro caso adota-se um controle prévio, para evitar que ocorram lesões ao princípio da livre concorrência, procura-se evitar um dano potencial. Já no segundo caso, em que se proíbe o dano efetivo, o controle, se exerce depois da produção do dano.²¹⁸

A Lei nº 8.884/1994 indica expressamente entre seus objetivos a proteção: a) da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (artigo 1º); b) da eficiência econômica (artigo 54, §1º, I); c) do interesse nacional (artigo 54, §2º); d) do nível de emprego (artigo 58, §1º).²¹⁹

Visando fortalecer e dar mais agilidade à tramitação de processos no CADE, a Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, a nova lei antitruste foi instituída com a missão precípua de reestruturar o sistema de defesa da concorrência dispondo acerca da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica no âmbito de nosso ordenamento jurídico interno com ênfase especial à operatividade e agilidade nas análises dos atos de concentração.

Com efeito, a nova lei, que revogou praticamente todos os artigos da Lei 8.884/94 criou outros órgãos internos com o objetivo de especializar e fortalecer o CADE, como a Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos, voltados à apuração das práticas anticoncorrenciais e análise técnico-científica, respectivamente. Além disso, admitiu a possibilidade de intervenção de terceiros nos processos administrativos, bem como aditou como prática contra a ordem econômica exercer ou explorar de forma abusiva os direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. Houve, entretanto, redução quanto à multa aplicável, sendo que na vigência da Lei 8.884/94 era estabelecida entre 1% a 30% do faturamento da empresa, ao passo que com a nova legislação alterou os limites para 0,1% e 20% do faturamento.

Uma das alterações mais impactantes diz respeito à obrigatoriedade de autorização pelo CADE para a realização de aquisições, incorporações, fusões, consórcios, *joint ventures*

²¹⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, pp. 22-23.

²¹⁸ FONSECA. Idem, 2007, p. 105.

²¹⁹ Nesse sentido GOMES. Ibidem., 2004, p. 62.

ou outra forma de concentração que envolva grupos econômicos, que tenham, de um lado uma empresa ou grupo econômico com faturamento bruto anual no último balanço de quatrocentos milhões e de outro lado, outra empresa ou grupo econômico com faturamento bruto anual no último balanço de trinta milhões.

5.4 Acordos e concentrações entre agentes econômicos

A compreensão da estrutura do mercado em foco e do agente investigado, num misto de abordagem estrutural e comportamental torna-se condição *sine qua* à análise de uma conduta sob o prisma da Lei nº 12.529/2011, de modo a se apontar, em primeiro lugar, a definição do *mercado relevante*²²⁰ em que ocorre a prática de infração à ordem econômica. Importante também será a demonstração da presença das condições suficientes à relevância das práticas contra a livre concorrência, quais sejam: o poder de mercado, as barreiras à entrada e a ausência de racionalidade econômico-jurídica (e pragmática) da conduta.²²¹

Para a delimitação do mercado relevante, além da avaliação dos hábitos de consumo e das características da oferta, como apelos publicitários e público-alvo, podem ser utilizados alguns testes econômicos, dentre os quais, o conhecido teste do “monopolista hipotético”, por meio do qual se delimita o mercado relevante como sendo o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preços.²²²

Para NUSDEO, a delimitação do mercado relevante leva em consideração a possibilidade de substituições do lado da procura (demanda), em que se avalia a possibilidade de os consumidores substituírem o produto em questão por outro em caso de um aumento significativo e não transitório de preços do primeiro. E também do lado da oferta, em que se avalia a possibilidade de novos produtores, atuantes em mercados geográficos (ou de produtos contíguos), ingressarem no mercado onde o preço daquele produto tenha sofrido um aumento significativo e não transitório. Ou, ainda, numa situação menos comum, de que os

²²⁰ Entende-se mercado relevante como o universo físico-material onde se perpassa a prática da conduta ou condutas tidas como lesivas à concorrência.

²²¹ GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 132-133.

²²² Idem, p. 133.

consumidores se dirijam às áreas geográficas vizinhas para adquirir os produtos ou serviços em questão.²²³

No que toca à substitutibilidade pelo lado da demanda, deve-se verificar se o produto sob análise pode ser substituído por outros existentes no mercado. Relativamente à substitutibilidade pela oferta, deve-se observar se uma empresa pode, rapidamente (em menos de 2 ou 3 meses, aproximadamente), sem incorrer em riscos ou custos adicionais significativos, ofertar, em vez do produto A (“seu” produto), o produto B (produto mais lucrativo). Nesse plano, um instrumento muito utilizado é o da *elasticidade cruzada da demanda*.²²⁴

Outra variante a ser considerada, que guarda íntima relação com o desempenho de posição dominante em determinado mercado relevante é a participação substancial no mercado (*market share*) e configura condição necessária mas não suficiente à sua realização.

Nesse sentido, as acepções de posição dominante na Lei nº 12.529/2011 e na doutrina brasileira mostram-se uníssonas com as doutrinas e legislações de outros países com maior tradição de combate às condutas anticoncorrenciais, como por exemplo o caso dos países da Comunidade Europeia, em que poder de mercado é visto como poder que permite ao agente agir de forma independente e com indiferença com relação aos comportamentos dos demais agentes, em razão da ausência de concorrência.²²⁵

Assim, os acordos entre os agentes econômicos tendem, muitas vezes, a viabilizar a reprodução de condições monopolísticas e, por essa razão, são tradicionalmente regulamentados pelas legislações antitruste. A união entre agentes (concorrentes ou não) pode proporcionar poder econômico tal que permita aos partícipes desfrutar de posição de indiferença e independência em relação aos outros agentes econômicos. Nosso sistema jurídico, desde que nele foram introduzidas normas destinadas a tutelar a livre concorrência e reprimir o abuso do poder econômico, sempre determinou a ilicitude de acordos entre empresas que fossem nocivos, em seu objeto ou efeito, à concorrência.

A atual lei antitruste determina no art. 36 que são considerados ilícitos apenas e tão somente os acordos entre os agentes econômicos que tenham por objeto ou efeito (i) limitar,

²²³ NUSDEO, Idem, p. 29.

²²⁴ Para MOLAN GABAN, A elasticidade cruzada da demanda relaciona a variação percentual no consumo de um produto com a variação percentual no preço de outro produto. É o caso dos produtos substitutos e dos produtos complementares. Alguns produtos como leite e achocolatados, carnes bovina, suína e de frango possuem uma relação bastante forte.

²²⁵ AMATO, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power: The dilemma of Liberal Democracy in History of the Market*. Oxford, Hart Publishing, 1997. Apud Nusdeo, 2002, p. 31.

falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Assim, não estão excluídos, *a priori*, da sujeição à Lei Antitruste os acordos celebrados por pequenos agentes (detentores de reduzido ou nenhum poder econômico).

Embora segundo o sistema de nossa Lei Antitruste, as expressões “acordos entre agentes econômicos” e “acordos entre empresas” sejam tomadas como sinônimas, como vimos anteriormente, deve-se ter em mente que o teor do art. 31 da Lei 12.529/2011 traz à luz, de imediato, a ideia de que não apenas empresas (no sentido de entidades que organizam fatores de produção), mas qualquer agente que desempenhe função no mercado (ou atividade econômica em sentido estrito) está sujeito à regulamentação antitruste.²²⁶

Os acordos restritivos da concorrência são divididos entre acordos *verticais* e *horizontais*, segundo os mercados relevantes em que atuam os partícipes. Acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência. Já os acordos verticais disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares. Quando se fala de acordos verticais, em teoria da organização industrial e em antitruste, lida-se com uma imaginária linha vertical que nos conduz, através da extração da matéria-prima, das várias fases da produção e da comercialização até o consumidor final do produto.²²⁷ Portanto, o acordo celebrado entre uma empresa fabricante e outra distribuidora configura acordo vertical.

5.4.1 Acordos horizontais: os cartéis

Segundo Pontes de Miranda, a conceituação de cartel, termo este cunhado em 1870, apenas com Robert Lefmann encontrou uma precisão técnica a abranger todas as suas espécies, razão pela qual se tornou a definição mais difundida, como a “convenção livre de empresas autônomas da mesma espécie, com o fim de domínio monopolístico”.²²⁸

²²⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. Idem, p. 353.

²²⁷ Cf. Fox e Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, p. 522. Roberto Pardolesi, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, *Diritto antitrust italiano*, p. 244, e *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, *Consumatore, ambiente, concorrenza*, p. 127. Apud Forgioni, Paula A., p. 353.

²²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi. tomo LI. 1972. p. 208.

Os acordos horizontais têm como pressuposto um fato inegável: a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo. Os acordos celebrados entre empresas concorrentes e que visam neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados *cartéis*.²²⁹

Segundo a lição de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto, o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes atuantes em um mesmo mercado relevante geográfico e material, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira. Tem como principal objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor da atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, desta forma, a eliminação do processo normal de concorrência²³⁰.

Partindo desse tradicional conceito de cartel para o contexto da nova lei antitruste, temos que se um acordo não restringe a livre concorrência ou não acarreta a incidência de qualquer dos incisos ou parágrafos do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, não há que se cogitar da existência da figura do cartel. É o caso, por exemplo, de agentes econômicos que, sob o manto da “associação de classe”, ou “associações buscando a qualidade do produto”, unem-se em conluio visando neutralizar a competição entre eles nos moldes das figuras típicas do art. 36, da Lei nº 12.529/2011.

É comum que o acordo entre empresas viabilize o controle, pelo grupo, de parcela substancial de mercado relevante; as empresas partícipes passam, dessa forma, a coletivamente deter posição dominante, nos termos do art. 36, §2º, da Lei nº 12.529/2011. Cite-se como exemplo a típica manifestação de abuso de posição dominante, prevista no parágrafo 3º, inciso V, do art. 36 da Lei Antitruste: “*impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição*”. Não há dúvidas que essa prática restritiva poderá constituir o objeto ou o efeito

²²⁹ FORGIONI, Paula A. Ibidem, p. 355.

²³⁰ BRANCO, Nelson de Azevedo e BARRETO, Celso de Albuquerque. *Repressão ao abuso do poder econômico*. São Paulo: Atlas, 1964, pp. 355-356.

de acordo entre agentes econômicos sem que seja descaracterizada sua ilicitude. Nesse caso, todos os partícipes poderão ser responsabilizados pela prática antitruste.²³¹

5.4.2 A colusão horizontal

A colusão horizontal é qualquer tipo de acordo expresso ou tacitamente celebrado por concorrentes, objetivando a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais, quais sejam preço, quantidade, qualidade e mercado.²³² Neste sentido, ensina Calixto SALOMÃO FILHO:

Acordos sobre preço e quantidade são substancialmente equivalentes, pois, como nos ensina a Microeconomia, são reciprocamente determinantes. Já os acordos tecnológicos merecem uma classificação diversa.[...] o objeto aqui é um acordo para repartição da tecnologia utilizada e criação de produtos de diferentes qualidades. Trata-se, portanto, de uma forma indireta de repartição de mercado, através da criação de produtos diversos, com diversas tecnologias. A última forma de acordo puro é aquele que diretamente divide os mercados, seja do ponto de vista geográfico ou dos produtos. Note-se que essa também pode assumir distintas formas. A repartição pode ser do mercado consumidor, em seu aspecto geográfico, de produto ou ambos. Pode ainda consistir numa repartição dos fornecedores. As possibilidades são tantas quantas são as possibilidades de variação da concorrência no mercado.²³³

O acordo entre concorrentes somente poderá ser considerado ilegal quando dele for possível abstrair risco concreto de dano à ordem econômica, ou seja, além da conduta, necessário se mostra que a estrutura do mercado permita a produção de efeitos negativos à concorrência.

Neste sentido, não se considera ilícito administrativo ou penal a mera discussão de preços entre empresas que não detêm qualquer poder no mercado. Esta é uma condição estrutural para que se vislumbre o risco de dano, eis que sem ela o resultado esperado do cartel é a autodestruição das empresas em razão da perda do mercado.²³⁴ A possibilidade de obtenção de risco à concorrência, através de um acordo entre concorrentes, deriva, pois, da estabilidade da colusão e de seu conteúdo, do qual se torna previsível a política de mercado das empresas envolvidas.²³⁵

²³¹ FORGIONI, Paula A. Ibidem, p. 357.

²³² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 262

²³³ Idem, p. 263.

²³⁴ No sentido de que a autolesão não legitima a tutela jurídico-penal: HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direito: autolesões devem ser punidas penalmente?* Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 68. set-out. 2007. pp. 11-29

²³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Idem, p. 269.

Calixto Salomão Filho exemplifica esta correlação de fatores através da seguinte situação: imagine-se um acordo de preços entre duas padarias, as quais, mesmo em conjunto, não possuem qualquer poder no mercado. Este acordo seria despido de efetividade, sequer havendo a chance de se obter a dominação do mercado, possibilitando, isto sim, a perda de mercado e o seu eventual desaparecimento. Todavia, o mesmo não aconteceria quando estas duas padarias, além de acordar os preços, passam a anunciar a sua política de mercado, situação que permite um planejamento empresarial por parte das demais empresas do setor, as invitando à adesão ao acordo.²³⁶

Por outro lado, devem ser consideradas lícitas as colusões horizontais, porque pró-concorrenciais, que visem auxiliar as empresas na superação de uma crise conjuntural em seu setor, hipótese em que este acordo deve ter os seus limites temporais e de conteúdo fixados pela ordem ou compromisso de cessação, mecanismos previsto na Lei Antitruste. Da mesma forma, consideram-se acordos colusivos pró-concorrenciais aqueles que visam evitar a dispersão de preços (caracterizada pela existência de vendas muito dispersas e geograficamente isoladas), a qual pode gerar crises de superprodução bem assim aqueles para concessão de descontos (em alemão, *Rabattkartelle*), desde que indispensáveis à sustentação de um cartel de crise para contrabalançar situações de grande desigualdade entre os concorrentes.²³⁷

Já os chamados “cartéis de exportação”, segundo o magistério de Paula Forgioni constituem uma constante exceção. Os governos, na busca de uma balança de pagamentos superavitária, incentivam as exportações, inclusive pela adoção da prática de colusão horizontal, seja por fazer ignorar a Lei Antitruste, seja pela concessão de isenções, o que se justifica pelo fato de que os efeitos dessa espécie de cartel são apenas sentidos extraterritorialmente, não ofendendo a ordem econômica nacional, esta sim objeto de tutela pelo direito concorrencial.²³⁸

5.4.3 A colusão vertical

Os acordos ditos verticais são aqueles que se dão entre agentes econômicos que atuam em estágios diversos da cadeia produtiva, por exemplo, entre produtor e distribuidor. Neste sentido, de observar que as colusões verticais não configuram a conduta descrita ao art. 4º, II,

²³⁶ Idem, p. 270.

²³⁷ Idem, p. 286-291.

²³⁸ FORGIONI, Paula A. Ibidem, p. 343.

“a” da Lei 8.137/90, porquanto esta exige que o acordo seja celebrado entre ofertantes, mas atende aquela descrita ao art. 4º, I, da mesma lei, a qual define um crime de dano. E, a exigência do dano ser observado para consumação do delito, nesta hipótese, explica-se pela impossibilidade de, *a priori*, verificar se a colusão vertical gera efeitos anticoncorrenciais ou pró-competitivos.

Na verdade, os acordos verticais podem tanto restringir a concorrência entre os agentes econômicos distribuidores de um determinado produto ou serviço, assim como fomentar a concorrência no mercado relevante onde atua o produtor.²³⁹ Esta possível pró-competividade oriunda de colusões verticais, no Direito Britânico, conforme o referido acima, é o que justifica a sua não incriminação. No dizer de Paula Forgioni, “a disciplina jurídica dos acordos verticais, mais do qualquer outro instituto antitruste, mostra-se avessa ao estabelecimento de regras fixas e imutáveis, como lhe quer emprestar parte da moderna teoria econômica”.²⁴⁰

5.5 Desvalor da ação e do resultado nos tipos de perigo abstrato

Ao estabelecer as características da conduta proibida, inserindo-as no tipo de injusto, o legislador procede a uma avaliação negativa sobre essa mesma conduta e sobre o resultado por ela produzido. Esta dupla avaliação recebe o nome de *desvalor do ato ou da ação e desvalor do resultado*. O desvalor do ato e o desvalor do resultado, que são levados em conta principalmente na distinção entre os delitos dolosos e culposos, integram-se em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta por meio do outro. Às vezes, a infração à norma se satisfaz exclusivamente com o desvalor do ato – nos crimes de mera atividade – quando a conduta já se tenha postado de modo perigoso ao bem jurídico. Outras vezes, a conduta possui graus de valoração – nos crimes de resultado –, quando não basta para a completa infração à norma tão só o desvalor do ato, mas sim, principalmente, o desvalor do resultado. Neste último caso, o bem jurídico só passa a ser efetivamente atingido se o desvalor do resultado se materializar, como consequência do desvalor do ato.²⁴¹

Assim como a discussão acerca da relação entre o injusto e culpabilidade, o tema desvalor da ação e do resultado sempre esteve implicitamente presente em toda a dogmática, desde a teoria causal, mas assumiu especial relevância a partir da teoria finalista, dada sua concepção do injusto pessoal: o injusto não é produzido pela simples causalidade, mas

²³⁹ Idem, p. 345.

²⁴⁰ Idem, p. 353.

²⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3.ed. ver. E ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 298.

somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista os seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos. Como bem pondera Köeler, a lei penal toma a ação humana dentro de uma estrutura própria, resultante das relações que quer disciplinar e que nada tem a ver com a ética da boa vontade.²⁴²

A construção da dogmática penal está, pois, sujeita ao constante conflito entre a premissa basilar da proteção da dignidade humana e a cautela para que essa proteção não exaspere seus limites, convolvando, assim, numa ameaça ao Estado Democrático de Direito, modelo escolhido por nossa sociedade.

O desenvolvimento de conceitos e mecanismos de aplicação das normas penais deve seguir, portanto, um processo metodológico dialético, equilibrado entre a proteção de bens jurídicos fundamentais e a preservação da dignidade humana diante da atuação repressiva, favorecendo à manutenção da funcionalidade do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito,²⁴³ de molde que a natureza jurídica dos tipos penais de perigo abstrato e sua estrutura devem coadunar-se ao sistema penal proposto bem assim aos princípios sobre os quais se fundamentam.

Para um direito penal fundado no princípio da dignidade humana e da pluralidade, não são os valores interiorizados ou as intenções do cidadão, mas os aspectos exteriores da ação ou omissão, objetivamente valorados diante da criação ou não de um risco intolerável para a sociedade. A intencionalidade do agente integra o tipo penal, mas sua verificação é posterior porque se faz necessária somente quando constatada a periculosidade objetiva da conduta.

Em algumas situações, segundo Welzel, pune-se a mera ação como tal, nos casos que o ato como tal é impuro ou reprovável desde um ponto de vista ético social:

El núcleo objetivo de todo delito es la acción, ordinariamente junto a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que constituye las circunstancias de resultado de la acción. De acuerdo con esto, se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro concreto y abstracto, según si el que la acción usualmente traiga peligros consigo.²⁴⁴

É necessário, portanto, que se compreendam os delitos de perigo abstrato sob uma ótica material, afastando a inteligência de um tipo penal neutro e avesso a valorações tal como

²⁴² KÖELER. *Strafrecht*, p. 12, apud TAVARES, Juarez, Idem, p. 301.

²⁴³ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 50.

²⁴⁴ WELZEL. *Derecho penal alemán*. Idem, p. 109.

ocorria no direito penal clássico, e que incorpore conteúdo normativo às prescrições legislativas, atendendo à realidade social e cultural que as cerca.²⁴⁵

A configuração do injusto, numa ótica funcionalista, será dada pelo valor fundante do modelo de Estado vigente, ou seja, do modelo democrático de direito: a dignidade humana. Assim a concepção do injusto penal em um sistema pautado pela proteção de bens jurídicos seria vinculada a um desvalor de resultado, que destacasse a antijuridicidade dos efeitos dos comportamentos. As consequências da conduta, e não o comportamento em si, seriam o núcleo do injusto penal. No entanto, essa construção apresenta problemas e não está apta a orientar a tutela de bens fundamentais diante dos novos riscos e novos contextos de interação social. Sua aplicação comprometeria a punição da tentativa e a previsão de crimes de perigo abstrato, que não apresentam resultados externos perceptíveis, bem como impediria a exclusão da materialidade típica de atividades lesivas sob diversos aspectos, como nos casos de risco permitido ou de exclusão do âmbito de abrangência da norma penal.

Para Mir Puig²⁴⁶:

No cabe, pues, condicionar el injusto (la prohibición) a la producción del resultado, sin convertir la prohibición en algo inasequible para su destinatário. Sin embargo, es cierto que la exigencia de producción de un resultado cumple importantes funciones político-criminales. No se trata de negar la necesidad del resultado, pero este elemento debe encontrar un lugar sistemático distinto del injusto. El resultado há de consierarse un elemento que condiciona o limita la punibilidad del hecho em base a razones de seguridad jurídica, de falta de necesidad de pena, etc.

Assim, o conteúdo do injusto dos tipos penais, em um direito penal funcional que busque resguardar interesses e valores fundamentais na sociedade de riscos, não pode ser reduzido ao resultado da ação, o que não significa que este último não possa integrar a construção do tipo nos delitos em que sua presença seja expressamente prevista.²⁴⁷

²⁴⁵ CEREZO MIR, José. *Cuso de derecho penal español*. Idem, p. 82 e ss.

²⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *La perspectiva “ex ante” em derecho penal*. *Anuário de Derecho Penal e ciencias penales*, Madrid, vol. 36, fasc. 1, p. 5-22, jan-abr. 1983, p. 13.

²⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Ibidem*, p. 219.

6 CONCLUSÃO

A investigação acerca dos reflexos da sociedade de risco contemporânea que impactaram decisivamente as fronteiras do direito penal clássico, traz algumas reflexões em torno dos novos bens jurídicos penais difusos desenhados notadamente a partir da pós-modernidade, como o caso da livre concorrência, sucedâneo da ordem econômica, a reclamar uma tutela diferenciada, especialmente a utilização da técnica legislativa dos tipos de perigo, em compasso com as exigências ínsitas a um Estado Democrático de Direito e seus limitadores constitucionais. Com o foco voltado muito menos para o esquadrinhamento formal do objeto de pesquisa como também à elucidação teórica da problemática abordada, a discussão ao longo dessa pesquisa debruçou-se basicamente sobre as questões culturais, políticas e econômicas vivenciadas pela sociedade contemporânea com ênfase à realidade brasileira e as novas expectativas da sociedade na seara da utilização do direito penal enquanto instrumento de pacificação social no que concerne aos bens jurídicos considerados pressupostos da existência humana, nas suas diversas expressões.

Não obstante tenha adotado como premissa a impossibilidade de se combater de forma absoluta e sem maiores reflexões a legitimidade da estrutura delitiva do perigo abstrato, levando-se em conta a própria natureza do bem jurídico sob estudo, cuja lesão acarretaria consequências de difícil reparação à sociedade, entende-se também que não se justifica uma incriminação desmedida de condutas, donde decorre a necessidade de se estabelecer mecanismos aptos a limitar o exercício do *ius puniendi* estatal. Pretendeu-se, com isso, delinear uma via intermediária de molde a permitir a acomodação deste tipo de antecipação da tutela penal no regime constitucional vigente, sem perder de vista a imprescindibilidade da definição de limites precisos à sua incidência.

Diante do problema apresentado, não se pretende absolutamente atribuir à solução aqui apontada um caráter definitivo, mas, ao nosso aviso, dotar os tipos de perigo abstrato de uma estrutura material a partir de uma análise funcional baseada na teoria da imputação objetiva de Claus Roxin dentro de seu sistema teleológico-racional, nos parece uma forma bem razoável de equacionamento da problemática apresentada. Consiste, basicamente, em estabelecer exigências materiais para a configuração de uma conduta típica, tornando insuficiente a formal subsunção do fato à norma penal incriminadora, passando a exigir, em complementação, a demonstração de um risco juridicamente relevante, socialmente intolerável. Essa estrutura material permitirá aos crimes de perigo abstrato a sua

compatibilização com os princípios da lesividade e da intervenção mínima, reitores de um Estado Democrático de Direito.

O enfrentamento do tema proposto é a nossa contribuição para o enriquecimento do debate em torno de um dos pontos mais sensíveis do direito penal na atualidade, cujos reflexos teóricos e práticos não podem mais ser olvidados, sob pena de perpetuação de posicionamentos extremos, ora defendendo uma criminalização exacerbada eivada de inconstitucionalidades, ora relegando os bens jurídicos supraindividuais à completa ausência de proteção efetiva por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

AGUADO CORREA, Teresa. El principio e proporcionalidad en derecho penal. Madrid: Edersa, 1999

AFTALIÓN, Enrique R. Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959. p.p 15-24.

AMATO, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power: The dilemma of Liberal Democracy in History of the Market*. Oxford, Hart Publishing, 1997. Apud Nusdeo, 2002, p. 31.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: UnB, 1997.

BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de Derecho Penal Económico*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 22.

BACIGALUPO, Silvina; BAJO, Miguel. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 221.

BECK, ULRICH. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1993, pp.18, 27.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos pra el concepto de delito*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª. ed. Rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Curso de direito penal: parte geral. Forense. Rio de Janeiro: 2008

_____. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

BRANCO, Nelson de Azevedo e BARRETO, Celso de Albuquerque. *Repressão ao abuso do poder econômico*. São Paulo: Atlas, 1964, pp. 355-356.

BRUNO, Aníbal. Direito penal. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 41-42.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, (ano), pp. 1.013-1.014.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do direito penal. Porto Alegre: Safe, 1992.

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Espanol. Parte General. 6ª. ed. Editorial Tecnos, 2004.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa: desde uma visión garantista. Montevideo: Julio César Faira – Editor. 2005

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentsu *apud* FISCHER, Douglas; DA SILVA, João Bernardo. A criminalidade econômica e o direito penal. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Ano 7. n. 12. 1º semestre. 2004. p. 107

CORREIA, Eduardo. Direito Penal e direito de mera ordenação social. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1973, PP. 266-297.

COSTA, José Francisco de Faria. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 98-99

_____. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. (coord.). *Direito penal econômico: textos jurídicos nº 04*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

_____. *Noções fundamentais de direito penal: introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CRAMER, *Vollrauchtatbestand*, 1962, p. 61 e ss., apud RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, p. 320 e TORÍO LÓPEZ, Los delitos.

DE OLIVEIRA, William Terra. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano. 3. n. 11. jul-set. 1995

DERANI, Cristiane. Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização. Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. In: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In: *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *O papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 604-605

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DOHNA, Alexander Graf Zu. La estructura de la teoria del delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

ELIAS, *Über den Prozess der Zivilisation* (1939), Frankfurt a. M., 1976. In: BACIGALUPO, Enrique (dir). *Curso de Derecho Penal Economico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A, 2005, p.22-27.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 373.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, p. 64.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora RT, 2005

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. coordenadores: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. Fundamentos do Direito Penal Moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delicto em su momento actual*. Barcelona: Bosch, 1959, p. 64

GRECO, Luiz. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as suas estruturas de delito. RBCCrim 49. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 59.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado, Barcelona, fasc. 1.

HASSEMER, Winfried. *La responsabilidad*, p. 43 e ss. Apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 102.

_____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: Hefendehl, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, par. 100, pp.95-96, Apud MIR. José Cerezo. *Ibidem*, p. 22.

HERZOG, Felix. Límites ao control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. 46, pasc. 1, p. 317-327, jan.-abr. 1993.

HIRSCH, Hans Joachim. Peligro y peligrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, vol. 49, fasc. 2, p. 509-528, maio-ago. 1996;

JAKOBS, Günter. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 210-212.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, A. *Teoría de las normas*. Tradução Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

KRATZSCH, *apud* HERZOG, Felix. *Límites ao control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. 46, fasc. 1, pp. 317-327, jan.-abr. 1993, p. 85,

LAJUGIE, Joseph. *Os sistemas econômicos*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas: Russell, 2003, a.t. I.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito Penal, Estado e Constituição*. São Paulo. IBCCrim, 1997. p. 167.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: SAFE – Sérgio Antônio Fabris, 1987

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Safe, 1989, pp. 10-12

LYRA, Roberto. *Dos crimes contra a economia: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940. p. 119-120.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, p. 178.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte general*. Buenos aires: B de F, 2007.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antônio. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editora Montecorvo, S.A., 1987, p. 111.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal Aleman*. Nueva edición, revisada y puesta em dia por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I., p. 232

MENDONZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmaticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001

MIR PUIG, Santiago. La perspectiva “ex ante” em derecho penal. *Anuário de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, vol. 36, fasc. 1, p. 5-22, jan.-abr. 1983.

MIR. José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Espanol. Parte General*. 6ª. ed. Editorial Tecnos, 2004, p. 22.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi. tomo LI. 1972. p. 208.

MOMMSEN, Teodoro. *El derecho penal romano*. Pamplona, La España moderna, Analecta ediciones e libros, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de ley orgánica de código penal. Cuadernos de Política Criminal Madrid: Instituto de Criminología da Universidade Complutense de Madrid, n. 16. , 1982, pp. 107-133.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Editora RT, 1997.

OLIVEIRA, Elias De. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 29.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

OTTO apud MENDONZA BUERGO, Límites, p. 296. No Brasil, COSTA JR., ao afirmar que, nos delitos de perigo abstrato, a tutela penal ofertada é tipicamente formal, porque não se permite ao juiz enfrentar o problema da efetiva periculosidade da atividade exercida, Direito Penal, p. 81, CRUZ, Os crimes de perigo, p. 118, e FRAGOSO, Lições, p. 292

PAREDES CASTAÑON, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el dercho penal económico: bases político-criminales*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, fasc. 11, p. 95-164, jan. 2003, p. 140.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Sociedad de riesgos y reforma penal. Revista del Poder Judicial, Madrid, n. 43, p. 81, 1996.

PINHO, Demóstenes Madureira de. O Valor do Perigo no direito penal. Rio de janeiro: Borsoi, 1939.

PRITTWITZ, Cornelius. Società del rischio e diretto penale. In: STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi (cura). Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica dela scuola di Francoforte. Atti del Convegno di Toledo del 13-15. aprile 2000. Milano: Giuffrè, 2004.

POLIANO NAVARRETE, Miguel. *El injusto tipico em la teoria del delito*. Corrientes: Mave. 2000. p. 329, Apud BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático, 2012, p. 115.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi. tomo LI. 1972.

RABL, *Gefährdungsvorsatz*, 1933, p. 9 e ss., *apud* RODRÍGUEZ MONTAÑES, Delitos de peligro, p. 316.

REALE JÚNIOR, Miguel. Dos estados de necessidade. São Paulo: Bushatsky, 1971.

_____. *Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 7. n. 28. out-dez. 1999, p. 124.

RIGHI, Esteban. Derecho penal económico comparado, Madrid: Reunidas, 1991. p. 12, 38, 62

_____. Los Delitos Económicos. Buenos Aires: AdHoc Villela, 2000. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudência. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. (Colección autores de derecho penal. Direigida por Edgardo Alberto Donna, 2004.

ROYSEN, Joyce. Doutrinas Essenciais. Direito Penal Econômico e da Empresa. Teoria Geral da tutela penal transindividual. Organizadores: Luiz Régis Prado e René Ariel Dotti, vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 541-542.

ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros. 2007.

SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relación com el transito*. Revista Ibero-Americana de ciências penais. Porto Alegre, vol. 1, fasc.0, maio-ago. 2000, pp. 150-181.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. Teoria Geral da Tutela Transindividual/ Luiz Régis Prado, René Ariel Dotti, organizadores. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coleção doutrinas essenciais: Direito Penal econômico e da empresa; v. 1, 2011.

_____. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª. Ed revista e ampliada. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

SAUER, Guillermo. Derecho penal. Parte general. Barcelona: Bosch, 1956. p. 114.

SHIEBER, Benjamim M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Editora RT, 1966.

SMITH, Adam. Riqueza de las naciones. Prólogo de Tallada, José M., vol. 1. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1949.

SILVA, Américo Luis Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 1996, p. 58.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ivan Luis da. *Teoria da adequação social da conduta: o significado econômico da conduta em face da lei penal antitruste*. Tese de doutoramento. Universidade Federal de Pernambuco, 2009. p. 82.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003a.

_____. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. Bol. IBCCrim 122/14-15. São Paulo: IBCCrim, jan. 2003b.

_____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCHÜNNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. Revista Peruana de Ciencias Penales 5/251-256. Lima: Idemsa, jan-jun, 1995.

SOUZA, Nali de. Curso de Economia. São Paulo: 2003.

STRATENWERTH, Günter. Derecho penal. Parte general: el hecho punível. Madrid: EDERSA – Editorial de Derecho Reunidas S. A., 1982. t. I, p. 61.

SUTHERLAND, Edwin H. White collar crime: the ucult version. Yale. Yale University Press, 1983.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Editora Método, 2006.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3.ed. ver. E ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985, p. 16

_____. Lecciones de derecho penal económico. Barcelona: PPU, 2003.

_____. *Manual de derecho penal económico: parte geral y especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 127

TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*. Anuario de Derecho Penal Y ciencias penales, Madrid, vol. 34, fasc. 2/3, maio-dez, 1981, pp. 825-847

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio R. *Política y dogmática jurídico penal*. En torno de la cuestión penal. editorial IB def, 2005, pp. 76-77.

