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

Ivan Luiz da Silva

TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA:

O significado econômico da conduta em face da tutela penal antitruste

TESE DE DOUTORADO

Recife
2009

IVAN LUIZ DA SILVA

TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA:
O significado econômico da conduta em face da tutela penal antitruste

Tese 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 obtenção do grau de Doutor em Direito.
Área de concentração: Teoria do Direito.
Linha de pesquisa: Tutela penal dos bens jurídicos e teoria da sanção penal.
Orientador: Prof. Dr. Cláudio Brandão.

Recife
2009

Silva, Ivan Luiz
Teoria da adequação econômica da conduta: significado econômico da conduta em face da tutela penal antitruste / Ivan Luiz Silva. – Recife: O Autor, 2009.
421 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Direito penal. 2. Teoria do Direito – Tutela penal dos bens jurídicos – Teoria da sanção penal. 3. Direito penal econômico – Tutela penal antitruste. 4. Teoria da adequação social da conduta. 5. Teoria da adequação econômica da conduta. 6. Crime econômico. 7. Economia – Economia de mercado – Sistema econômico – Economia de mercado capitalista. I. Título.

343 CDU (2. ed.) UFPE
345 CDD (22. ed.) BSCCJ2009-30

IVAN LUIZ DA SILVA

TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA:
O significado econômico da conduta em face da tutela penal antitruste

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

MENÇÃO GERAL: Aprovado

1º Examinador (Presidente) Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Julgamento: Aprovado Assinatura:

2º Examinador Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira
Julgamento: APROVADO Assinatura:

3º Examinador Prof. Dr. Fabricio Dreyer de Avila Pozzebon
Julgamento: APROVADO Assinatura:

4º Examinador Prof. Dr. Ricardo de Brito A. P. Freitas
Julgamento: Aprovado Assinatura:

5º Examinador Profa. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli
Julgamento: APROVADO Assinatura:

Recife
2009

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e antes de tudo, a **DEUS**, *Todo poderoso e Criador do céu e da terra*, pois sua infinita benevolência me trouxe até aqui, apesar de meus defeitos.

Ao meu orientador, professor doutor **Cláudio Brandão**, instrumento da Providência Divina que com suas orientações iluminou as vias da veneranda dogmática penal para a elaboração deste estudo e a quem devem ser tributados os méritos deste.

À **Faculdade de Direito do Recife** (FDR-UFPE), nas pessoas dos Exmos. Professores doutores: **Ricardo de Brito Freitas, Cláudio Brandão, Margarida Cantarelli e Anamaria Campos Torres**, por ter me formado penalista.

À equipe de funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito, nas pessoas de Josina (**Josi**) de Sá Leitão, Maria do Carmo (**Carminha**) Aquino e **Gilka** Santos, que heroicamente mantém seu funcionamento.

Aos doutorandos alagoanos **Beclaute Oliveira Silva** e **Fernando Sérgio Amorim**, pelo muito que me ensinaram nas nossas inúmeras viagens entre Maceió e Recife, enquanto confiavam suas vidas à minha habilidade ao volante.

A **Sidney Wanderley**, poeta e revisor gramatical das letras jurídicas na insular Alagoas, pela forma culta e elegante que atribuiu a escrita deste estudo ao revisá-lo.

Aos alunos da Pós-graduação em Direito da FDR com os quais convivi e aprendi nesses anos de doutoramento: **Gamil Föppel** El Hireche, **Hugo Leonardo** R. **Santos**, **Érica Babini**, **Ana Clara** M. **Fonseca**, **Cynthia Credídio**, **Kalina Alpes**, **Ricardo Carvalho, Antonio Arroxelas** e **Leonardo** Henrique **Siqueira**.

Em especial, ao doutorando **Teodomiro Noronha Cardozo**, amigo-irmão e meu exemplo de ser humano e de Magistrado, que nesses anos tem sido meu apoio incondicional tanto nos aspectos acadêmicos quanto nos de natureza pessoal. Devo-lhe ainda o acesso a grande parte da bibliografia citada neste estudo. Bem haja, amigo.

Ao **Estado de Alagoas** pela concessão do afastamento funcional para conclusão deste estudo.

A todos acima peço compreensão pelas insuficiências deste estudo, pois essas decorrem da grandiosidade e da dificuldade da tarefa e, certamente, também de meus limites (apesar de todo meu empenho).

Para meus pais, **José Luiz** e **Maria** (D. Non), que sempre lutaram para me propiciar momentos como este, embora não tenham tido oportunidades de frequentar a escola.

À minha *Alegria*, **Letícia Maria**, que nesses seus primeiros cinco aninhos de vida teve que dividir a atenção de seu pai com esta sua irmã caprichosa.

Alegremente, como seus sóis voem
Através do esplêndido espaço celeste
Se expressem, irmãos, em seus caminhos,
Alegremente como o herói diante da vitória.

Abracem-se milhões!
Enviem este beijo para todo o mundo!
Irmãos, além do céu estrelado
Mora um Pai Amado.
Milhões se deprimem diante Dele?
Mundo, você percebe seu Criador?
Procure-o mais acima do Céu estrelado!
Sobre as estrelas onde Ele mora!

Ode à Alegria[1], de **Ludwig van Beethoven**

[1] Nona Sinfonia (Sinfonia nº 9 em ré menor, op. 125), 4º Movimento: Recitativo [excertos]. Em alemão como na letra original:

Froh, wie seine Sonnen fliegen
Durch des Himmels prächt'gen Plan,
Laufet, Brüder, eure Bahn,
Freudig, wie ein Held zum Siegen.

Seid umschlungen, Millionen!
Diesen Kuß der ganzen Welt!
Brüder, über'm Sternenzelt
Muß ein lieber Vater wohnen.
Ihr stürzt nieder, Millionen?
Ahnest du den Schöpfer, Welt?
Such' ihn über'm Sternenzelt!
Über Sternen muß er wohnen.

Se esta obra lograr êxito, devê-lo-ei, em grande parte, à grandiosidade do assunto; no entanto, não creio que me haja faltado gênio. Quando vi o que tantos homens notáveis, na França, na Inglaterra e na Alemanha escreveram antes de mim, admirei as suas obras, porém não perdi a coragem. E, como disse Corregio: "E eu também sou pintor".[2]

Barão de Montesquieu[3]

[2] *Ed Io anche sono pinttore*. [Di-se que Corregio pronunciou estas palavras quando, diante de um quadro de Rafael, descobriu sua vocação].

[3] MONTESQUIEU, (Charles-Louis de Secondat) Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p. 15.

RESUMO

SILVA, Ivan Luiz da. **Teoria da Adequação Econômica da Conduta**: O significado econômico da conduta em face da tutela penal antitruste. 2009. 422 f. TESE (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

Essa tese tem por objetivo o desenvolvimento da teoria da adequação econômica da conduta no direito penal econômico. Vale-se de uma abordagem interdisciplinar abrangendo a Economia, o direito econômico e o direito penal. Para alcançar o desiderato a investigação analisou a intervenção do direito penal em face da atividade econômica e, em especial, os fundamentos da tutela penal antitruste, para fins de estabelecer os contornos teóricos necessários à aplicação das premissas fundamentais da teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel aos crimes contra a concorrência. Na atualidade o Estado passou a empregar a tutela penal cada vez mais para manter a realização das relações econômicas em conformidade com as regras da ordem econômica. A intervenção penal antitruste, uma especialização do direito penal econômico, busca prevenir e reprimir o exercício desenfreado do poder econômico, considerando como prática abusiva a realização de atos anticoncorrenciais que afetam gravemente o funcionamento do mercado. Todavia, para impedir que condutas economicamente adequadas sejam alcançadas pela incidência do tipo penal econômico deve-se interpretá-lo restritivamente. Assim, este estudo dogmático apresenta os fundamentos da teoria da adequação econômica da conduta e as suas funções dogmáticas em face da tutela penal antitruste, bem como os efeitos jurídico-penais de sua aplicação na interpretação restritiva dos elementos do injusto penal antitruste a partir do sentido das práticas concorrenciais na realidade econômica e segundo uma dimensão funcional e dinâmica dos bens jurídicos. A conclusão é que a interpretação do tipo penal econômico pela teoria da adequação econômica da conduta tanto exclui a tipicidade penal quanto a ilicitude penal nos crimes econômicos.

Palavras-chave: Direito penal econômico. Tutela penal antitruste. Teoria da adequação social da conduta. Teoria da adequação econômica da conduta. Crime econômico.

ABSTRACT

SILVA, Ivan Luiz da. **Theory of Economic Fitting of Conduct**: The economic significance of conduct in the face of criminal antitrust protection. 2009. 422 f THESIS (PhD in Law) - Post-Graduate Law Center, Legal Sciences / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

This thesis aims the development of the theory of economic fitting of conduct in criminal economic law. It takes an interdisciplinary approach involving economics, economic law and criminal law. To achieve the desideratum the investigation examined the intervention of criminal law in the face of economic activity and, in particular, the fundamentals of criminal antitrust protection for the purpose of establishing the necessary theoretical outlines to the application of the fundamental premises of the theory of the social fitting of the conduct by Hans Welzel to the crimes against competition. Currently the state started to use the criminal protection more and more to keep the implementation of economic relations in accordance with the rules of economic order. The criminal antitrust intervention, a specialization of economic law, tries to prevent and suppress the unbridled exercise of economic power, considering how abusive the implementation of anti-competitive acts seriously affects the functioning of the market. However, to prevent economically appropriate behaviors are achieved by the incidence of such economic criminal we must interpret it narrowly. Thus, this dogmatic study presents the foundations of the theory of economic fitting of the conduct and its dogma functions in the face of criminal antitrust protection, as well as legal and criminal effects of its uses with restrictive interpretation of the elements of antitrust criminal unjust from the sense of competitive practices in the economic reality and according to a functional and dynamics dimension of legal rights. The conclusion is that the interpretation of such economic criminal law by the economic theory of economic fitting of conduct excludes both the typical criminal as the criminal illegality in economic crimes.

Key words: Economic Criminal Law. Antitrust Criminal Protection. Theory of Social fitting of conduct. Theory of Economic fitting of conduct. Economic crime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

PARTE I: **A TUTELA PENAL ECONÔMICA** 19

CAPÍTULO 1**: A TUTELA JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO** 20

1.1. Considerações preliminares 20

1.2. A Economia: fundamentos e delimitação conceitual 22

1.3. O sistema de economia de mercado 35

1.3.1. O sistema econômico: aspectos conceituais 35

1.3.2. O sistema de economia de mercado capitalista 39

1.4. A Economia e o Direito 48

4.1. As relações entre Economia e Direito 49

1.5. Economia e direito penal 55

1.6. O direito econômico e o direito penal 59

1.6.1. O direito econômico 59

1.6.2. O direito econômico e o direito penal econômico 62

CAPÍTULO 2: **A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO** 65

2.1. Considerações preliminares 65

2.2. A problemática da existência do direito penal econômico 68

2.3. Antecedentes legislativos da tutela penal da Economia 71

2.4. Formação do direito penal econômico contemporâneo no direito alemão e no direito brasileiro 83

2.4.1. Os fatores de formação do direito penal econômico 84

2.4.2. A formação do direito penal econômico na Alemanha 89

2.4.3. A formação do direito penal econômico no Brasil 94

2.5. Direito penal econômico e sistemas econômicos 100

2.5.1. Direito penal econômico e sistema econômico socialista 102

2.5.2. Direito penal e sistema econômico capitalista 103

2.5.3. Direito penal econômico e sistema econômico brasileiro 104

CAPÍTULO 3: **DIREITO PENAL ECONÔMICO: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS E SUA MANIFESTAÇÃO COMO EXPRESSÃO DA TUTELA PENAL CONTEMPORÂNEA** 107
3.1. Considerações preliminares 107
3.2. Aspectos terminológicos 110
3.3. A problemática da conceituação do direito penal econômico 112
3.3.1. Conceito do direito penal econômico: concepções restrita e ampla 114
3.3.2. A busca pelo conceito unitário de direito penal econômico 120
3.4. As características do direito penal econômico 123
3.5. A problemática da autonomia do direito penal econômico 130
3.6. A proteção da ordem econômica como fundamento do direito penal econômico 135
3.6.1. Os pressupostos constitucionais da intervenção penal 135
3.6.2. O bem jurídico como núcleo da intervenção penal 139
3.6.3. A ordem econômica como bem jurídico-penal 151
3.7. O delito econômico como conteúdo do direito penal econômico 160
3.8. O direito penal econômico como expressão da dogmática jurídico-penal contemporânea 169

PARTE II: **A TUTELA PENAL ANTITRUSTE** 173

CAPÍTULO 4: **A TUTELA ANTITRUSTE: PROTEÇÃO JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA** 174
4.1. Considerações preliminares 174
4.2. A livre concorrência e sua tutela jurídica 176
4.2.1. Antecedentes históricos da tutela da concorrência 177
4.2.2. A concorrência e a concentração de poder econômico 180
4.2.3. A tutela jurídica da livre concorrência: formação da tutela antitruste no Direito comparado 184
4.2.4. A tutela antitruste no Direito brasileiro 190
4.2.5. Finalidades da tutela antitruste no Direito brasileiro 196

CAPÍTULO 5: **A TUTELA PENAL ANTITRUSTE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO BRASILEIRO** 200
5.1. Considerações preliminares 200
5.2. A formação e evolução da tutela penal antitruste no Direito brasileiro 203

5.3. A tutela penal antitruste como setor do direito penal econômico contemporâneo 211
5.4. Fundamento constitucional da tutela penal antitruste 216
5.4.1. A repressão ao abuso do poder econômico 219
5.4.2. A livre concorrência como bem jurídico penal 225
5.5. A repressão penal ao abuso do poder econômico: os crimes contra a livre concorrência da Lei nº 8.137/1990 234

PARTE III: **A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA NA TUTELA PENAL ANTITRUSTE** 246

CAPÍTULO 6: **A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA E SEUS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PENAIS** 247
6.1. Considerações preliminares 247
6.2. A teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel como base dogmática da teoria da adequação econômica da conduta na tutela penal antitruste 252
6.2.1. A origem da teoria da adequação social 256
6.2.2. Aspectos conceituais e fundamento da teoria da adequação social 262
6.2.3. A função dogmática da teoria da adequação social 266
6.3. A teoria da adequação econômica da conduta: aspectos conceituais e função dogmática 274
6.4. Os fundamentos lógico-jurídicos da teoria da adequação econômica da conduta 285
6.5. Os efeitos jurídico-penais do princípio da unicidade do Direito 292

CAPÍTULO 7: **A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA E SUA FUNÇÃO DOGMÁTICA NA TUTELA PENAL ANTITRUSTE** 298
7.1. Considerações preliminares 298
7.2. A teoria da adequação econômica da conduta e sua função jurídico-penal na tutela penal antitruste 300
7.2.1. A teoria da adequação econômica no âmbito do tipo penal antitruste 301
7.2.1.1. O tipo penal: aspectos conceituais 302
7.2.1.2. Os elementos normativos do tipo penal 308
7.2.1.3. O tipo penal econômico 316
7.2.1.4. A teoria da adequação econômica como critério de interpretação dos tipos penais antitruste 323

7.2.2. A teoria da adequação econômica da conduta em face da ilicitude penal econômica 330
7.2.2.1. Ilicitude penal: aspectos conceituais 331
7.2.2.2. A concepção material da ilicitude como exigência do injusto penal econômico 335
7.2.2.3. As decisões do CADE como justificante penal 338
7.2.2.4. A teoria da adequação econômica como justificante supralegal na tutela penal antitruste 342
7.3. As decisões do CADE e seus efeitos jurídico-penais na tutela penal antitruste 345
7.3.1. As decisões do CADE como fonte primária de interpretação do significado econômico dos atos econômicos: o uso e abuso do poder econômico no direito antitruste brasileiro 345
7.3.2. Os efeitos jurídico-penais das decisões do CADE 355

CONCLUSÕES 364

REFERÊNCIAS 381

ANEXOS 398
Anexo 1: LEGISLAÇÃO NACIONAL 399
I – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (excertos) 399
II - Decreto-lei n. 869 de 18 de novembro de 1938 403
III - Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951 405
IV - Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (excertos) 410
V - Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (excertos) 412
Anexo 2: LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA 421
I – *Sherman Antitrust Act* – 2 de julho de 1890 421

INTRODUÇÃO

[...] se o empresário titular do poder econômico o exerce ao competir com os demais agentes atuantes no mesmo mercado, e lucra ou tira vantagens de sua posição destacada, não há nada de irregular nisso.[4]

Luiz Regis Prado

Há muito a sociedade vinculou a noção de progresso social à ideia de progresso econômico. Assim, o exercício da atividade econômica adquiriu o sentido de agir competitivamente para produzir e distribuir bens e serviços em um mercado consumidor.

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, por força dos avanços tecnológicos, houve um incremento incomensurável na produção econômica, o que ensejou a expansão e a concentração do poder econômico em escala global, resultando ainda em uma "economização" de todos os aspectos da vida humana.

Esse processo de mercantilização se intensificou nas duas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, a ponto de se falar no surgimento de uma sociedade econômica ou sociedade em que os valores individuais se concentram na predominância dos fatores econômicos. Nesse contexto social contemporâneo o poder econômico é estimulado e incentivado pelo Estado, porquanto reconhecido como a base em que se assenta o desenvolvimento nacional e o bem-estar social. Todavia, a expansão do poder econômico privado parece ter transformado a vida e a sociedade em um "mundo econômico", uma vez que se desenvolvem, *grosso modo*, em um grande mercado global.

Para além disso, o êxito econômico é obtido em um mercado concorrencial que premia o agente econômico que consegue aproveitar qualquer oportunidade para oferecer seus produtos de modo mais vantajoso, mesmo que a custo de infração a uma regra. O resultado disso é que o afã desenfreado por lucro e a expansão descontrolada do poder econômico passaram a ameaçar os fins da ordem econômica, sendo necessária a intervenção estatal para impedir que aqueles prejudicassem a vida e a sociedade.

Assim, o Estado passou a empregar a tutela penal cada vez mais para manter a realização das relações econômicas em conformidade com as regras da ordem econômica. Para tanto, o conjunto de normas penais denominado direito penal econômico apresenta-se

[4] PRADO. 2004, p. 33.

como a principal manifestação da legislação e dogmáticas penais das últimas três décadas, haja vista sua importância nesse contexto de predomínio do aspecto econômico na atualidade.

Por conseguinte, a intervenção penal antitruste busca prevenir e reprimir o exercício desenfreado do poder econômico, considerando como prática abusiva a realização de atos anticoncorrenciais que afetam gravemente o funcionamento do mercado. Assim, a tutela penal antitruste, como uma especialização do direito penal econômico, objetiva garantir a observância aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência; para tanto, coíbe as práticas anticoncorrenciais que afetam lesivamente o direito de concorrer no mercado.

Não obstante, percebe-se que a conquista de uma posição privilegiada no mercado, em decorrência da eficiência econômica, pode vir a ser confundida com a prática de abusar do poder econômico em razão das peculiaridades do tipo penal econômico – que emprega frequentemente em seu teor elementos normativos – e da fluidez das relações e matérias econômicas, tornando difícil e incerta a adequação típica dos comportamentos que devem ser considerados crimes econômicos. Há ainda hipóteses nas quais a lei antitruste extrapenal autoriza a realização de atos econômicos considerados prejudiciais à concorrência, quando se constata que sua realização pode trazer benefícios ao desenvolvimento da economia nacional.

Diante disso, para manter a responsabilidade penal nos limites necessários à proteção da livre concorrência deve-se verificar o significado jurídico-penal da prática concorrencial realizada com o objetivo de excluir do âmbito do injusto penal as condutas não reprováveis penalmente, haja vista sua conformidade com a ordem econômica.

Para tanto, é necessária a aplicação da teoria da adequação econômica da conduta como instrumento de interpretação restritiva das categorias (tipo penal e ilicitude penal) do injusto penal antitruste. Esse critério hermenêutico tem seus fundamentos dogmáticos na teoria da adequação social da conduta formulada por Hans Welzel, que no direito penal é um instrumento e princípio de interpretação dos elementos do injusto penal a partir do significado social da conduta típica.

Esta investigação tem como objeto a análise da intervenção do direito penal em face da atividade econômica e, em especial, os fundamentos da tutela penal antitruste, para fins de estabelecer os contornos teóricos necessários à aplicação das premissas fundamentais da teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel aos crimes contra a concorrência, resultando desse modo no desenvolvimento da teoria da adequação econômica da conduta no direito penal econômico.

É um estudo dogmático que pretende apresentar os fundamentos da teoria da adequação econômica da conduta e as suas funções dogmáticas em face da tutela penal antitruste, bem como os efeitos jurídico-penais de sua aplicação na interpretação restritiva dos elementos do injusto penal antitruste a partir do sentido das práticas concorrenciais na realidade econômica e segundo uma dimensão funcional e dinâmica dos bens jurídicos.

Para atingir o desiderato deste trabalho, o estudo foi dividido em três partes, que abordam os conceitos e fundamentos dos institutos econômicos e jurídico-penais necessários à formulação da teoria da adequação social da conduta em face da tutela penal antitruste.

A *primeira parte* refere-se aos fundamentos da tutela penal da atividade econômica e se divide em três capítulos. A *segunda parte* aborda os fundamentos da tutela jurídica antitruste e da intervenção penal para a proteção da livre concorrência, apresentando-os em dois capítulos. Por fim, a *terceira parte* estabelece os contornos teóricos e dogmáticos da teoria da adequação econômica da conduta na tutela penal antitruste em dois capítulos.

Assim, cumpre apresentar o teor de cada capítulo para uma vista panorâmica de todo o conteúdo deste estudo.

O *primeiro capítulo* apresenta a delimitação conceitual e os fundamentos da Economia, como área do conhecimento humano, para que se possam compreender os termos econômicos empregados neste estudo, tais como: sistema econômico, ordem econômica, economia de mercado, poder econômico etc. Abordam-se, também, as relações entre Economia e Direito, que se imbricam e se integram tão profundamente a ponto de resultar na instituição de um campo comum de estudos, a saber, o direito econômico, considerado a base do direito penal econômico. Por fim, são expostas as razões da intervenção penal sobre a atividade econômica.

No *segundo capítulo* são expostos os antecedentes legislativos da intervenção penal na Economia e o contexto histórico e econômico no qual se formou o conjunto de normas denominado direito penal econômico. Ao final, faz-se uma abordagem sobre as relações entre esse setor do direito penal e os dois sistemas econômicos mais destacados, o socialista e o capitalista, para fins de se inferir as finalidades do direito penal econômico brasileiro.

O *terceiro capítulo* trata dos fundamentos jurídicos e das características do direito penal econômico, que se constitui como o principal instrumento estatal de proteção da Economia e a mais evidente expressão da dogmática jurídico-penal elaborada na contemporaneidade. Neste capitulo, discute-se toda a problemática referente à conceituação

do direito penal econômico e de seu conteúdo (o delito econômico) e dos fundamentos constitucionais da intervenção penal econômica.

O *quarto capítulo* tem como objeto de explanação a tutela antitruste (especificamente, a proteção jurídica da livre concorrência), no qual se demonstram os antecedentes históricos e o contexto econômico que deram origem ao direito antitruste, bem como sua finalidade.

No *quinto capítulo* apresenta-se, inicialmente, o contexto político-econômico no qual se formou a tutela penal antitruste e sua evolução legislativa posterior, finalizando-se com a indicação dos fundamentos constitucionais e dos aspectos gerais da repressão ao abuso do poder econômico.

No *sexto capítulo* são estabelecidos os fundamentos da teoria da adequação econômica da conduta na tutela penal antitruste como critério de interpretação dos elementos do tipo penal econômico e da ilicitude penal econômica, baseando-se no significado econômico das práticas concorrenciais na esfera do direito econômico nacional. Antes, porém, faz-se uma revisão dos fundamentos da teoria da adequação social da conduta formulada por Hans Welzel, que foi adotada como base teórico-dogmática do presente estudo.

No *sétimo capítulo*, e último, aborda-se especificamente a aplicação e função dogmática da teoria da adequação econômica da conduta ante as categorias da tipicidade e ilicitude na intervenção penal antitruste. O âmbito delitivo para essa verificação é o dos crimes contra a livre concorrência descritos pelos artigos 4º, 5º e 6º da Lei penal nº 8.137/1990. Ao final, demonstra-se a natureza e os efeitos jurídico-penais das decisões do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica em relação aos crimes contra a livre concorrência.

PARTE I:

A TUTELA PENAL ECONÔMICA

CAPÍTULO 1: **A TUTELA JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO**

CAPÍTULO 2: **A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO**

CAPÍTULO 3: **DIREITO PENAL ECONÔMICO: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS E SUA MANIFESTAÇÃO COMO EXPRESSÃO DA TUTELA PENAL CONTEMPORÂNEA**

CAPÍTULO 1

A TUTELA JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares, 2. A Economia: fundamentos e delimitação conceitual, 3. O sistema de economia de mercado, 3.1. O sistema econômico: aspectos conceituais, 3.2. O sistema de economia de mercado capitalista, 4. A Economia e o Direito, 4.1. As relações entre Economia e Direito, 5. Economia e direito penal, 6. O direito econômico e o direito penal, 6.1. O direito econômico, 6.2. O direito econômico e o direito penal econômico.

Quanto mais Economia, mais Direito.[5]

Francesco Carnelutti

[...] difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele.[6]

Fábio Nusdeo

A análise das sanções próprias do chamado Direito penal econômico pressupõe, como é óbvio, uma precisa delimitação do Direito econômico.[7]

Enrique Aftalión

1.1. Considerações preliminares

O estudo interdisciplinar do Direito e da Economia traz em si uma natural dificuldade à sua realização, uma vez que exige o domínio de duas complexas áreas do conhecimento humano. É necessário, portanto, partir da compreensão de em que consiste a Economia e de seus reflexos sobre a sociedade para se inferir as razões e relevância da intervenção estatal sobre a atividade econômica.[8]

Por conseguinte, uma abordagem jurídico-penal sobre a atividade econômica tem como pressuposto lógico a fixação dos conceitos básicos, além de outros aspectos fundamentais correlatos, da ciência econômica. Isso porque o tratamento jurídico-penal da atividade econômica apresenta uma ingente dificuldade na sua realização em razão do tecnicismo terminológico próprio e da relatividade e fluidez conceitual da matéria econômica.

---

[5] *In* NUSDEO. 1997, p. 20 e 33.
[6] NUSDEO. 1997, p. 33.
[7] AFTALIÓN. 1959, p. 17.
[8] Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. **Direito econômico constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2006, p. 27; SCIORILLI, Marcelo. **A ordem econômica e o ministério público**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 3.

Para além disso, suas normas apresentam uma clara instabilidade e relatividade de conteúdo, que decorre da pluralidade de interesses que as fundamentam e da mutabilidade das orientações de política econômica, resultando na formulação de tipos penais altamente complexos e imprecisos. Sendo assim, de plano surge a necessidade de firmar-se o significado das categorias econômicas abrangidas pela tutela penal da Economia, para fins de delimitar-se os contornos e conteúdo do direito penal econômico.[9]

Desse modo, cumpre, inicialmente, apresentar a delimitação conceitual e os fundamentos da Economia para que se possam compreender os termos usualmente empregados na área econômica, tais como: sistema econômico, ordem econômica, economia de mercado, poder econômico etc. Pouco adiante, abordam-se as relações entre Economia e Direito, que se imbricam e se integram tão profundamente a ponto de resultar na instituição de um campo comum de estudos, a saber, o direito econômico, considerado como um instrumento da política econômica.[10]

Por último, expõem-se as razões da intervenção penal sobre a atividade econômica, pois se verifica que quanto mais *econômico* o *bem* (isto é, raro e útil às necessidades da sociedade), mais direito penal para regular os interesses sobre este e o exercício da atividade econômica a seu respeito.

---

[9] PATERNITI, Carlo. **Diritto penale dell'economia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1988, p. 10. PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 27.

[10] BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha. **O poder econômico perante o direito**. São Paulo: Editora LTR, 1998, p. 12.

1.2. A Economia: fundamentos e delimitação conceitual

Ab initio, cabe destacar que não é fácil definir o que seja a Economia,[11] pois a formulação de um conceito abrangente a seu respeito é dificultada pela complexa teia de relações sociais e pela multiplicidade dos fatores condicionantes da atividade econômica. Para além disso, verifica-se que a Economia é fortemente influenciada, tanto como área de estudos quanto como realidade, por diferentes concepções político-ideológicas, porquanto cada corrente de pensamento econômico vislumbra o fenômeno econômico sob prisma distinto, ensejando conceitos e modelos econômicos particulares. Por outro lado, as instituições econômicas e as concepções político-ideológicas se modificam ao longo do tempo, trazendo, regra geral, maior complexidade ao processo econômico, já que surgem novas preocupações, e evolução dos conceitos de Economia.[12]

Entre as causas de motivação da conduta humana destacam-se aquelas relativas à subsistência e conservação do próprio ser humano, sendo essas necessidades vitais de caráter prioritário. Quando essas ações são orientadas no sentido da produção e distribuição de bens indispensáveis ou úteis à vida em comunidade surge a razão de ser da Economia.[13] Isso porque a ideia de Economia, como atividade humana ou ramo de conhecimento decorre de duas constatações básicas a respeito do ser humano e do mundo, a saber: a) o ser humano possui necessidades reputadas como ilimitadas e que se expandem indefinidamente; b) os recursos para a satisfação das necessidades humanas são finitos e limitados, isto é, são escassos,[14] sendo tal limitação insuperável, malgrado os sucessos da tecnologia atual em aumentar a produção de bens exponencialmente. Por sua vez, o conceito de Economia decorre da conjugação dessas condições básicas da existência humana. Isso porque a Economia pressupõe a escassez e só existe em razão de os recursos serem sempre escassos diante da multiplicidade das necessidades humanas.[15]

---

[11] NUNES, A. J. Avelãs. **Noção e objecto da economia política**. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 7.
[12] ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p. 43-46.
[13] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 20/21.
[14] Essa situação é conhecida como lei da escassez. Sobre essa lei econômica, Fábio Nusdeo (**Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 27/28) ensina que: "a lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e a estabelecerem entre si relações a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto é possível a severidade". Destaca o referido autor que mesmo na sociedade contemporânea, a qual dá a impressão do milagre da eliminação da escassez em razão de sua eficiência em produzir bens econômicos, a finitude dos recursos para atender às necessidades humanas não pode ser contornada, haja vista a limitação de recursos do planeta Terra.
[15] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 31. Nesse sentido, Nali de Souza (**Curso de economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 18) aduz que: "a Economia fundamenta sua existência na escassez de bens e serviços para consumo e

Em face disso, pode-se afirmar que a atividade econômica consiste na administração da escassez, ou seja, é a atividade dirigida à escolha de recursos escassos destinados ao atendimento das ilimitadas necessidades humanas. A Economia, compreendida como área do conhecimento humano, estuda essa atividade e suas relações e fenômenos na sociedade.[16] Por outro lado, impende salientar que não se pode determinar uma data de nascimento da Economia como área de estudo e conhecimento humanos, pois fragmentos de ideias econômicas são encontrados nos mais antigos textos ainda preservados e também verifica-se que nas civilizações mais remotas sempre houve quem tangenciasse as questões econômicas.[17]

No pertinente à terminologia, ao longo do tempo foram sugeridas várias denominações para indicar a área do conhecimento econômico, a saber: Catalática[18] (ciência das trocas), Plutologia (do grego *ploutos*, que significa riqueza, para indicar também a ciência da riqueza), Econômica[19] (para se evitar a ambiguidade do termo Economia, que tanto pode significar a disciplina como seu objeto de estudo), Crematística (do grego *khrema*, que significa riqueza, e *chrematistik*, indicando a ciência da riqueza); mas o termo de uso universalmente consagrado é Economia (do grego *oîkos*, que significa casa, bens, fortuna, riqueza etc., e *nomos*, no sentido de lei, regra, norma, governo, administração etc.; *Oikonomik* para indicar administração de bens, da riqueza, do governo ou mesmo da casa). Vale destacar, no entanto, que em Aristóteles há uma importante distinção entre os termos Crematística e Economia. A Crematística tem por objeto de estudo os modos de aquisição de riquezas de forma não natural (isto é, pelo comércio ou pela atividade financeira). A Economia, por sua vez, estuda a maneira natural de aquisição de bens, ou seja, a apropriação pelo homem de outros seres vivos por meio da agricultura, pecuária, caça e pesca. Não obstante, há uma zona de atuação em comum entre ambas as atividades, que se verifica quando o comércio é necessário para atender melhor às necessidades humanas pela especialização do produtor ou troca do excedente. Entrementes, o comércio seria para atender às necessidades diversificadas do ser humano e não um modo de acumulação de dinheiro.[20]

---

uso no sistema produtivo. Se todos os bens fossem livres, o problema econômico fundamental de quanto, como e para quem produzir deixaria de existir."

[16] NUSDEO. *Op. cit.*, 1997, p. 31.

[17] FEIJÓ, Ricardo. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 13.

[18] BALDAN, Edson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Editora Juruá, 2005, p. 23.

[19] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 357.

[20] FEIJÓ. *Op. cit.*, 2001, p. 30/31.

Com efeito, o termo Economia significa a boa ordem no governo e na administração de um negócio, de um estabelecimento ou mesmo de uma casa.[21] Sob o prisma filosófico, Nicola Abbagnano[22] entende que Economia se refere a uma ordem ou regularidade de uma totalidade qualquer, seja esta uma casa, uma cidade, um Estado ou o mundo. Isso porque em sua origem grega significa a arte de bem administrar o lar, levando-se em consideração a renda familiar e os gastos efetuados durante um período. Destaca-se que Xenofonte[23] (431-355 a. C., aproximadamente , e discípulo de Sócrates) teria empregado inicialmente o termo Economia, no sentido de administrar riquezas, em sua obra intitulada Econômico (*ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ)*, que é um tratado prático sobre as regras básicas para a administração da *Oîkos*, que significa o espaço privado abrangendo todo o patrimônio da família (casa, bens, terras, dinheiro, valores éticos e tradições). Depois, essas regras de administração do lar e das terras de um senhor em particular foram estendidas à administração da *Polis* (cidade-estado).[24] Posteriormente, Platão (428-347 a. C.) dispôs sobre regras econômicas de uma cidade em suas obras *As leis* (Livros V e VIII)[25] e *A república* (Livros IV e VIII, *passim*),[26] nas quais indica o "comunismo" como o regime de propriedade compatível com a cidade ideal. Por fim, Aristóteles (384-322 a. C.) em suas obras *Política* (Livro I)*[27] e Ética a Nicômaco* (Livro V)[28] estabeleceu os contornos fundamentais da crematística e da Economia, como atividades de estudo dos modos de aquisição dos recursos para a satisfação das necessidades humanas, que posteriormente serviram de base para o pensamento econômico da ciência econômica formulada a partir do século XVIII.[29]

---

[21] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003a, p. 505. Nesse sentido, veja-se que no século XVIII, Voltaire (**Dicionário filosófico**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 168) destacava que Economia "significa, em sua acepção mais comum, a maneira de administrar seus bens. Conhece-a tanto um pai de família quanto um superintendente das finanças de um reino". Não obstante, Voltaire (2002, p. 174) reconhece que há diferença entre a Economia de um Estado e a economia de uma grande família.

[22] ABBAGNANO. *Op. cit*., 2007, p. 350.

[23] Xenofonte (**Econômico.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 3/33) relata o diálogo no qual Sócrates ensina a Critobulo que a Economia é um saber para ter sucesso na gestão de bens: "1. Eu o ouvi, um dia, conversando sobre a economia, a administração do patrimônio familiar, nesses termos: − Dize-me, Critobulo, a economia é um saber como o é a medicina, a metalurgia e a carpintaria? – é o que penso, disse Critobulo. 2. – E, da mesma forma poderíamos dizer qual é a tarefa de cada uma dessas artes, poderíamos também dizer qual é a sua tarefa? – Penso, disse Critobulo, que do bom administrador é próprio administrar bem o seu patrimônio familiar". Mais adiante, Xenofonte (op. cit., 1999, p. 30) expõe a conclusão do mestre ateniense sobre a Economia, *in verbis*: "4. – Bem, então! Disse Sócrates. Pensamos que economia, administração do patrimônio familiar, é o nome de um saber, e esse saber parece ser aquele pelo qual os homens são capazes de fazer crescer seus patrimônios [...]".

[24] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 15.

[25] PLATÃO. **As leis**. Bauru/SP: Editora Edipro, 1999, p. 201/227 e 325/355.

[26] PLATÃO. **A república**. Bauru/SP: Editora Edipro, 2001, p. 133/17 e 301/342.

[27] ARISTÓTELES. **Política.** Brasilia: Editora UnB - Universidade de Brasília, 1997, p. 13/34.

[28] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru/SP: Editora Edipro, 2007, p. 145/176.

[29] FEIJÓ. *Op. cit*., 2001, p. 31/32.

Neste último sentido, o termo Economia é compreendido como um conjunto de atos executados para se obter uma boa ordem em qualquer instituição ou organização a respeito dos bens necessários para a satisfação humana, de modo a se utilizar racionalmente os recursos produtivos finitos e escassos.

Como área do conhecimento humano tem como objeto de estudo a produção, circulação e consumo das riquezas – os bens econômicos –, sendo denominada Economia Política, expressão[30] que em geral designa a técnica de enfrentar situações de escassez dos bens econômicos.[31]

Cumpre mencionar que a organização da Economia como um conjunto teórico de idéias sistemático apenas se tornou perceptível durante o século XVIII, uma vez que antes disso estava submetida a outras disciplinas como a Filosofia e a Política. A partir do ano de 1700, William Petty (autor mercantilista que em sua obra *Political Arithmetic*, de 1682, evidenciou a preocupação da análise estatística dos problemas econômicos), Richard Cantillon (que em sua obra *Essai sur la nature du comerce em général*, de 1734, prenunciou a fase científica da Economia ao apresentar os elementos sobre as funções da produção e os riscos assumidos pelos empresários e também explicar o circuito econômico) e os fisiocratas (filósofos-economistas que, entre 1760 e 1770, defendiam a exclusão da Economia da esfera de interferência estatal e sua submissão à ordem natural) passaram a dar um tratamento analítico mais consistente e refinado às questões de política econômica que, eventualmente, surgiam nas reflexões dos autores escolásticos anteriores.[32-33]

São oportunas as observações de Avelãs Nunes sobre esse ponto, *in verbis*:

> Dir-se-á que antes desta época – muito antes mesmo – vários autores, desde Aristóteles aos mercantilistas, formularam proposições e escreveram livros sobre temas de economia. É verdade. Mas a verdade também é que essas

[30] ABBAGNANO. *Op. cit*., 2007, p. 351.

[31] Fábio Nusdeo (*op. cit*., 1997, p. 107/108) ensina que a expressão Economia Política foi cunhada pelo francês Antoine de Montchrétien, em 1615, quando da edição de sua obra *Traité d'économie politique*. Desde então tem sido adotado generalizadamente pelos economistas. O referido autor (*op. cit.*, 1997, p. 108) ainda destaca que: "A origem do termo prende-se à idéia de estarem os fenômenos econômicos inextricavelmente imbricados aos de cunho político, institucional e social, e, portanto, ele se destinaria a retratar todas essas vinculações com a justaposição de Economia Política. Por outro lado, ao tempo de Montchrétien estava-se em pleno fastígio do mercantilismo, o qual constituía muito mais um conjunto de recomendações e de práticas econômicas produzidas pelos governantes do que propriamente uma teoria com todos os seus requisitos. Daí a idéia de vinculá-la à política". Rossetti (*op. cit*., 1997, p. 46) menciona que da Antiguidade até chegar à época de Montchrétien as questões econômicas mais relevantes (posse territorial, servidão, arrecadação tributária, o comércio etc.) eram tratadas sob os ângulos da política, da filosofia e do direito canônico.

[32] PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (Orgs.). **Manual de Economia: equipe de professores da USP**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 34.

[33] FEIJÓ. *Op. cit*., 2001, p. 13.

> proposições se integravam em discursos diferentes, relativos à moral, à política ou ao direito, muito longe de configurarem uma ciência econômica autónoma relativamente a essas outras disciplinas. Não se aceitava na prática nem se concebia no plano teorético que os processos económicos pudessem gerar os seus próprios imperativos, originar as suas próprias leis ou proporcionar as bases de uma disciplina intelectual autónoma. Antes do século XVIII, a esfera da actividade económica não era considerada autónoma: a economia era vista como um simples meio a serviço da realização de valores ou fins de ordem moral ou religiosa, ou – no caso dos mercantilistas – um meio de construir, de manter e de aumentar o poder político do soberano e do Estado. [34]

Deve-se frisar que, no contexto político e econômico acima referido, as questões referentes à produção e ao consumo eram decididas segundo critérios de poder (poder político, que nesse quadro se confunde com o poder econômico),[35] já que a área econômica era encarada como mera decorrência do exercício do poder do soberano sobre os bens e atividades do Estado e de seus servos.

Entretanto, com o advento do século XVIII a Europa sofreu várias transformações em sua organização econômica e social. Na seara econômica surgiu a Revolução Industrial[36], que ensejou uma variedade de doutrinas econômicas elaboradas com o objetivo de justificar e orientar a nova ordem econômica;[37] na esfera política e social destaca-se a Revolução Francesa, que promoveu os valores republicanos em substituição ao regime monárquico anterior. Nesse período, verificou-se ainda o início das modernas instituições democráticas e a instituição do regime capitalista industrial.[38] De outro lado, houve também uma revolução em relação à técnica e ao método científicos, que levou os filósofos a substituírem a concepção religiosa do mundo e da vida social por explicações obtidas pelo emprego da investigação científica nos moldes propostos por Francis Bacon[39] e René Descartes[40] no início do século XVII.[41]

---

[34] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 9.
[35] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 9.
[36] Segundo Hunt e Sherman (**História do pensamento econômico**. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2005, p. 53/56), a Revolução Industrial consiste no excepcional desenvolvimento e crescimento da industrial manufatureira inglesa entre 1700 e 1770 com base no emprego do maquinismo para produção de bens, sendo considerada causa de uma das mais importantes transformações na história humana. Nesse período, a força motriz das máquinas começou a substituir o trabalho manual na produção industrial, alcançando seu momento culminante a partir de 1769, quando James Watts conseguiu desenvolver a máquina a vapor para uso na produção industrial. A máquina a vapor consumou a Revolução Industrial ao permitir a produção em massa, trazendo, assim, profundas transformações sociais e econômicas.
[37] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 19.
[38] FEIJÓ. *Op. cit*. 2001, p. 14.
[39] A ciência moderna inicia-se efetivamente no século XVII, todavia tem suas raízes mais profundas na herança do Renascimento dos séculos XV e XVI, a partir do qual a investigação científica ensaia seus primeiros passos. Nesse cenário, Francis Bacon (1561 – 1626) apresenta o método indutivo em sua famosa obra *Novum organum*, publicada em 1620. Nesse livro, Francis Bacon desenvolve o programa de um novo método

Pode-se, portanto, afirmar que a atual concepção da Economia, como área do conhecimento humano, surgiu diretamente do progresso das técnicas e métodos de investigação científica e da instituição do capitalismo industrial, verificados no século XVIII, por força dos postulados do liberalismo econômico.

A respeito disso, Avelãs Nunes pontifica que:

> É neste ambiente que nasce a Economia Política, apostada em aplicar ao estudo das relações entre os homens (considerados como elementos da 'ordem natural') o método cientifico do racionalismo. Como escreveu Maurice Dobb, a Economia Política clássica 'exerceu uma influência revolucionária sobre os conceitos e a pratica tradicionais', formulando o 'conceito de sociedade econômica como um sistema determinista, i.é., como um sistema regido por leis próprias, de acordo com as quais poderiam fazer-se os cálculos e predições dos acontecimentos', e mostrando pela primeira vez que 'nas questões humanas existia um determinismo comparável ao determinismo natural'. [42]

Como o sistema capitalista de produção exigia a racionalidade inerente à ordem natural, o objeto de estudo da atividade econômica passou a ter como foco de análise o descobrimento das leis naturais que regulam o processo de produção e de distribuição do produto social. Sobre esse prisma, a ordem econômica funcionaria por si própria e seria regida por uma lei natural que asseguraria os melhores resultados para a comunidade.[43]

É nesse quadro que a Economia delimitou a sua área de atuação e desenvolveu o seu método científico de investigação, tendo por base a identificação e estudo das leis econômicas e a análise dos fenômenos da atividade referente à produção, distribuição e consumo de bens necessários à satisfação das necessidades humanas. Nesse período, o marco teórico mais significativo na evolução da Economia Política foi a publicação, em 1776, da obra *A riqueza*

---

científico e uma revisão da lógica aristotélica da escolástica vigente, no qual defende que a pesquisa científica se oriente exclusivamente pela experimentação (empirismo). Contudo, cabe mencionar que Bertrand Russell (**História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 2003, p. 308/310) informa que a ideia da indução já havia sido empregada por Aristóteles em sua obra *Organon*, mas apenas para simples enumeração de exemplos. Assim, a obra de Francis Bacon se denomina *Novum organum*, porque pretendia superar essa sistemática do método aristotélico.

[40] Bertrand Russell (*op. cit*., 2003, p. 315/321) assevera que René Descartes (1596 – 1650) é o *pai* da Filosofia moderna e o fundador do racionalismo científico. As noções fundamentais de sua filosofia e de seu método cartesiano de pesquisa científica foram descritas em sua famosa obra *Discurso do método*, publicada em 1637, no qual explica os quatro preceitos necessários para a investigação racional, em síntese, a saber: 1º Evidência (nunca aceitar como verdadeira coisa alguma a não ser se demonstrada por evidência); 2º Divisão (dividir o objeto de estudo para melhor analisá-lo); 3º Ordem ou dedução (analisar os objetos ordenadamente dos mais simples aos mais complexos); 4º Enumeração (enumerar e revisar os objetos exaustivamente para nada omitir-se) **(**DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996, Segunda Parte – p. 15/26).

[41] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 11.

[42] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 11.

[43] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 12.

das nações, de Adam Smith (1723-1790), que a transformou, essencialmente, em uma teoria da produção.[44] Entretanto, seu método de investigação teórica firmar-se-ia apenas no decorrer do século XIX, o que resultou na manutenção da tradição econômica dos primeiros economistas clássicos de compreendê-la como a ciência das riquezas e compartimentalizar em grandes capítulos de estudo a produção, a circulação, a distribuição e o consumo. Sob essa concepção assume um caráter descritivo e reporta-se às relações com os demais setores da vida social; assim, entende-se apropriada a designação de Economia Política.[45] Por outro lado, com a análise marxista, a Economia ampliou sua área de interesses para dar ênfase ao estudo das relações sociais de produção, no sentido de luta de classes entre capitalistas e trabalhadores.[46]

No entanto, a partir de 1870 a expressão Economia Política passou a ser empregada preferencialmente no contexto da análise econômica marxista, enquanto o termo Economia consolidou-se na análise neoclássica,[47] generalizando-se essa designação da disciplina econômica com a publicação, em 1890, da obra de Alfred Marshall intitulada *Principles of Economics*.[48]

Na atualidade, o termo economia, em seu aspecto teórico e positivo, enfatiza uma visão mais técnica do sistema econômico, sendo, por sua vez a designação empregada de modo corrente e universal entre a quase totalidade dos cultores dessa disciplina. Por outro lado, cumpre destacar que as implicações sociais e políticas da Economia estão reservadas à sua subdivisão de estudos denominada política econômica.[49] Em sentido discordante, Avelãs Nunes[50] entende não haver fundamento em se apontar a Economia como científica e a Economia Política como não-científica (ou vice-versa). Para o referido autor, Economia Política indica uma abordagem metodológica própria dentro da ciência econômica, ou seja, refere-se a uma perspectiva interdisciplinar com vistas a permitir diferentes ponderações

---

[44] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 10. O título original da obra de Adam Smith é: *An inquiry into the nature and cause of the wealth of nations*.
[45] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 108.
[46] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 16.
[47] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 16.
[48] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 5. No que se refere à distinção entre as expressões Economia Política (*Political Economy*) e Economia (*Economics*), Avelãs Nunes (*op. cit*., 2006, p. 5) ensina que: "com o êxito da 'revolução marginalista', a opção pela designação *Economics* revela a preocupação de apresentar a disciplina como uma *teoria pura*, como uma *ciência teorética pura*, à semelhança da Matemática (*Mathematics*) ou da Física (*Phisics*) e, por parte de alguns autores, o propósito de pôr em relevo que o que interessa é o indivíduo e não os grupos, a sociedade ou o Estado. Não terá mesmo faltado quem tenha pretendido reservar a designação mesmo *Economia* para a 'economia cientifica' (ou economia positiva) e a expressão *Economia Política* para a 'economia ideológica' (ou economia normativa)".
[49] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 16.
[50] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 6.

acerca dos elementos não econômicos e a diferentes combinações desses elementos. Assim, a designação Economia Política indicaria uma atitude crítica perante o pensamento econômico predominante, no que se refere à sua pretensão de ser ciência pura, aos seus postulados individualistas, à sua defesa do equilíbrio e harmonia, à sua recusa em considerar a perspectiva histórica e os fatores dinâmicos. Por fim, o referido autor entende que o termo economia veicula a visão conservadora do *status quo*, enquanto a expressão Economia Política se coloca numa perspectiva de transformação da sociedade.

No que se refere à definição de Economia há duas correntes (ou paradigmas) a respeito de sua delimitação conceitual como disciplina científica. Por um lado, a perspectiva clássico-marxista, que se inicia com os autores fisiocratas, continua com Adam Smith e David Ricardo, e vai desembocar em Karl Marx. De outro lado, a perspectiva subjetivista-marginalista, instalada pela *revolução marginalista*, iniciada por Jean-Batiste Say e conduzida por Jevons, Menger e Walras, que na atualidade se apresenta como a perspectiva acadêmica dominante e tem no ensaio de Lionel Robbins sobre a natureza e o significado da ciência econômica a sua síntese mais elaborada e representativa.[51]

O conceito clássico de Economia foi formulado sobre o estudo da formação, da acumulação, da distribuição e do consumo da riqueza. Descreve-se, assim, a ordem econômica com base nas leis que regem esses quatros fluxos econômicos. Sendo assim, a Economia é compreendida como o estudo da natureza da riqueza com o objetivo de se conhecer os meios de sua formação, revelar a ordem de sua distribuição e examinar os fenômenos envolvidos em sua distribuição realizada através do consumo. Verifica-se que nesse conceito clássico todos os elementos que compõem o processo econômico devem ser classificados e investigados. Dessa concepção surgiu o conjunto de princípios, teorias e leis explicativas da realidade econômica. Por outro lado, vislumbra-se que as diferentes formas de organização da atividade econômica decorrem da ênfase em um ou outro fluxo do processo econômico.[52]

A concepção clássica da Economia enfatiza a produção da riqueza, isto é, sua preocupação é o crescimento econômico em longo prazo e o modo como a distribuição da renda entre as diversas classes sociais influencia este crescimento. Afirma-se que sua

[51] NUNES. *Op. cit.*, 2006, p. 8. A obra de Robbins intitula-se: *An essay on the nature and significance of economic science*.
[52] ROSSETTI. *Op.cit.*, 1997, p. 46/47.

preocupação é com uma teoria do crescimento econômico, e decorreria da acumulação de capital.[53]

A concepção clássica de organização da Economia, em razão de sua ênfase na acumulação de capital e das desigualdades sociais[54] que gerou, foi alvo de várias críticas que ensejaram uma doutrina econômica socialista, cujos postulados teóricos visam assegurar a igualdade entre as diversas classes sociais na participação no processo econômico.[55]

A concepção econômica socialista decorre da ênfase no processo de acumulação capitalista e nos mecanismos de repartição dos esforços sociais de produção. Assim, o conceito socialista de Economia baseia-se no binômio produção-distribuição (considerando-se distribuição como processo repartitivo, isto é, repartição do produto da produção econômica). Nessa perspectiva, Economia é definida como o estudo das leis sociais que regulam a produção e a distribuição dos meios materiais destinados a satisfazer às necessidades humanas. O pressuposto é que a produção é o resultado do trabalho social, cujo produto é representado pelos bens que servem, direta ou indiretamente, para satisfazer as necessidades humanas. Por conseguinte, a realização completa do processo social de produção inclui a repartição do produto social do trabalho. Nesse contexto, as relações e os modos de distribuição colocam-se como o anverso da produção.[56] Assim, conclui-se que:

> enquanto as relações de produção dependem do nível histórico das forças produtivas, isto é, da atuação social do homem no trato com a natureza, as relações de distribuição dependem das relações de produção. A maneira como se opera a distribuição dos produtos na sociedade é determinada pela maneira como os homens participam do processo de produção.[57]

A concepção socialista da Economia tem como objetivo principal a eliminação da propriedade privada dos meios de produção e o estabelecimento da propriedade coletiva sobre os meios produtivos, tendo a atividade econômica como motor principal o interesse de suprir

---

[53] ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do pensamento econômico: uma abordagem introdutória**. São Paulo: Editora Atlas, 1995, p. 22.

[54] Confira-se o quadro de desigualdade social nesta passagem de Carlos Araújo (*op. cit*., 1995, p. 25): "A situação social da maioria da população era calamitosa. Qualquer viajante de um país industrial moderno que passasse pela Inglaterra entre 1770 e 1830 ficaria chocado com a miséria, a subnutrição e a exploração do operariado. A jornada de trabalho podia chegar a mais de 14 horas diárias. Crianças e mulheres eram obrigadas a trabalhar em condições sub-humanas. As crianças, às vezes, eram amarradas às máquinas para não fugirem. As condições de higiene também eram péssimas e os costumes brutais. Não é de admirar que a mortalidade infantil fosse elevada. Existiam mulheres que haviam tido 20 filhos e todos haviam morrido. A sorte era muito desigual para as diversas classes sociais. Este era o preço que a sociedade estava pagando pela acumulação".

[55] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 39.

[56] ROSSETTI. *Op. cit*., 1997, p. 48/49.

[57] ROSSETTI. *Op. cit*., 1997, p. 49.

as necessidades da coletividade e não o lucro (que é a instituição básica do capitalismo). Desse modo, os principais recursos econômicos devem estar sob o controle das classes trabalhadoras e sua gestão deve ter por objetivo promover a igualdade social por meio da intervenção estatal na Economia. Isso resultaria na estatização dos meios de produção econômica e no fim da divisão entre as classes sociais, constituindo, pois, uma sociedade sem desigualdade.[58]

Verifica-se, portanto, que a concepção socialista da Economia opõe-se frontalmente à abordagem econômica clássica, já que defende não apenas a intervenção estatal sobre a Economia, mas o comando, pelo Estado, de toda a atividade econômica. Em síntese, propõe a supressão da iniciativa privada baseada na liberdade em relação à atividade econômica.[59]

A concepção clássico-marxista da Economia passou a conviver com a perspectiva subjetivista, desenvolvida inicialmente por Jean-Batiste Say, que considera como fundamentos do valor a utilidade e os custos da produção. Sob esse prisma, entende-se que as relações de produção são desencadeadas pelo empresário, que se dirige ao mercado para comprar os serviços produtivos fornecidos pela natureza, pelo trabalho e pelo capital, pagando o preço fixado pelos fornecedores no mercado desses bens econômicos.[60] Posteriormente, W. Jevons, C. Menger e L. Walras buscaram compreender o processo econômico a partir do papel da subjetividade e dos conceitos de necessidade, desejo, satisfação, utilidade etc. na sua realização. Buscavam, assim, desenvolver uma teoria econômica sob o prisma do subjetivismo individual.[61] A partir de 1870 surgiu a corrente econômica denominada marginalismo. Isso porque essa nova orientação parte do conceito subjetivo de valor e atém-se à investigação das causas das variações dos preços de mercado com base no raciocínio de margem.[62]

O conceito subjetivista-marginalista de Economia representa um corte radical em relação à perspectiva clássica da Economia. Essa nova concepção da Economia tem como pressuposto que a atividade econômica visa à produção de utilidades segundo a ordem de satisfação das necessidades dos indivíduos, estabelecendo, assim, que é o consumo – e não a acumulação – o principal fator impulsionador da Economia, privilegiando, desse modo, a

[58] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 40.
[59] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 40.
[60] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 35.
[61] FEIJÓ. *Op. cit*., 2001, p. 266.
[62] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 36. Segundo Nali de Souza (*op. cit*., 2003, p. 51), para a escola marginalista o valor depende da utilidade marginal do bem econômico. Assim, quanto mais raro e útil for um produto, tanto mais demandado e valorizado ele será e maior seu preço.

soberania do consumidor em detrimento da soberania do capitalista acumulador-investidor.[63] Percebe-se, portanto, uma flagrante mudança de foco da Economia, pois passam a estudar as relações entre as pessoas e a produção material, isto é, entre pessoas e coisas e não mais entre pessoas e pessoas por meio de coisas.[64]

Para a concepção econômica marginalista a principal preocupação refere-se à alocação ótima de recursos entre fins alternativos, ou seja, "definir os requisitos da afetação eficiente de recursos existentes em quantidades limitadas aos seus vários usos alternativos, durante um determinado período de tempo, adotando como critério de eficiência (como padrão de racionalidade, como indicador de óptimo) a maximização da satisfação dos consumidores".[65]

Entende-se que o conceito subjetivista-marginalista é a perspectiva acadêmica dominante na atualidade e que tem no ensaio de Lionel Robbins sobre a natureza e o significado da ciência econômica a sua síntese mais elaborada e representativa.[66] Os elementos do conceito de Robbins encontram-se presentes na maior parte das recentes definições de Economia.[67]

Para formular seu conceito de Economia, Robbins partiu do pressuposto de que a sociedade tem objetivos e necessidades múltiplos e ilimitados, mas somente conta com recursos escassos para realizá-los. Diante disso, a conduta econômica consiste em escolher entre os fins possíveis e os meios escassos para alcançá-los. Robbins[68] define Economia como: "a ciência que estuda as formas de comportamento humano resultantes da relação existente entre as ilimitadas necessidades a satisfazer e os recursos que, embora escassos, se prestam a usos alternativos." Verifica-se que Robbins não formulou seu conceito sobre as categorias econômicas convencionais (produção, distribuição, riqueza etc.), mas sobre: a) multiplicidade dos fins (necessidades humanas ilimitadas); b) priorização dos fins possíveis (há uma hierarquia de prioridades entre os fins); c) limitação dos meios (lei da escassez); d) uso alternativo dos meios (os recursos podem ser empregados para os mais diversos fins). Em face dessas constatações, o processo econômico radica nos atos de escolha entre os fins possíveis e os meios escassos aplicáveis a usos alternativos. Desse modo, a Economia é

[63] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 37.
[64] ARAÚJO. *Op. cit*., 1995, p. 77.
[65] NUNES. *Op. cit*., 2006, p. 37/38.
[66] NUNES. *Op. cit.*, 2006, p. 8.
[67] ROSSETTI. *Op. cit*., 1997, p. 52.
[68] ROBBINS *apud* ROSSETTI. *Op. cit*., 1997, p. 52.

compreendida como a administração eficiente dos recursos escassos existentes empregados para satisfazer as necessidades humanas.[69]

Na atualidade, essa compreensão robbinsiana tem sido frequentemente adotada para definir Economia como a disciplina que estuda o emprego dos recursos escassos, segundo as diversas alternativas, com o objetivo de obter os melhores resultados tanto na produção de bens como na prestação de serviços.[70] Em outros termos, Economia é a ciência que estuda os modos como o indivíduo e/ou a sociedade podem empregar otimamente, entre as alternativas possíveis, os escassos recursos produtivos na produção de bens e serviços, com o objetivo de distribuí-los entre os membros da sociedade para satisfação das necessidades humanas.

Entretanto, encontram-se, ainda, definições abrangentes como a de Celso Bastos:

> [Economia] é uma ciência social que tem como campo de atuação a sociedade e como objeto o estudo dos fenômenos relativos à produção, distribuição e consumo dos bens materiais. Ela também estuda as necessidades materiais da coletividade e a sua satisfação, organização da produção, circulação de bens e a repartição de riquezas. [71]

Não obstante as variadas concepções da Economia, verifica-se que em sua delimitação conceitual sempre exsurge seu caráter de conjunto de técnicas para a administração dos recursos produtivos escassos, com vistas a atender da melhor forma possível às necessidades humanas.

Para otimizar o uso dos recursos escassos da natureza em favor do ser humano, os economistas ensinam que a Economia:

> estuda as atividades econômicas cujas operações envolvem o emprego de moeda e a troca entre indivíduos, empresas e órgãos públicos. Ela enfoca, de um lado, o comportamento das empresas, que procuram produzir de modo mais eficiente, reduzindo custos, sem perderem qualidade, a fim de obter os melhores resultados, ou lucro. De outro lado, ela avalia o comportamento dos consumidores, tendo em vista os preços, a renda de que dispõem e a oferta de bens e serviços no mercado. [72]

Cabe destacar que a Economia tem por finalidade estabelecer a adequação entre os recursos disponíveis e as necessidades existentes em uma determinada sociedade,[73] de modo a maximizar a utilização dos escassos recursos produtivos. Assim, pode-se afirmar que é um

---

[69] ROSSETTI. *Op. cit.* 1997, p. 50/51.
[70] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 15.
[71] BASTOS. *Op. cit*., 2003, p. 4.
[72] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 16.
[73] BASTOS. *Op. c*it., 2003, 8.

saber dirigido à maximização na geração e distribuição da riqueza. Para tanto, emprega como referencial o critério de eficiência, que é usado para inferir o grau de eficiência dos agentes na realização do processo econômico, adotando as seguintes máximas: a) produção eficiente de bens; b) eficiência na utilização dos fatores de produção com o objetivo de maximizar suas potencialidades; c) eficiência na distribuição da riqueza entre as classes sociais.[74]

[74] PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Ano 43, nº 170, p. 159-173, ab./jun. de 2006, p. 160.

1.3. O sistema de economia de mercado

Uma vez expostos os fundamentos da Economia como é compreendida na atualidade, vislumbra-se necessária uma análise acerca dos aspectos conceituais e dos fundamentos do sistema de economia de mercado, tendo em vista a relevância de sua compreensão para a investigação das razões da tutela jurídica da Economia. Não obstante, cumpre reconhecer que a abordagem será em linhas gerais, haja vista o presente estudo tratar-se de uma abordagem jurídico-penal a respeito da livre concorrência.

1.3.1 O sistema econômico: delimitação conceitual

O sistema econômico de determinado Estado é o modo como sua sociedade resolve os problemas fundamentais da Economia, decorrentes da conjugação das necessidades humanas ilimitadas e da escassez dos recursos, que são sintetizados em: *o que, quanto, como e para quem produzir*. As respostas a essas questões econômicas, no sistema de economia de mercado serão fornecidas pela concorrência e pelo sistema de preços. Por outro lado, no sistema de economia centralmente planificada as orientações à produção são atribuições do órgão central de planificação, enquanto em sistemas econômicos mistos cabe tanto ao Estado quanto às empresas privadas.[75]

No que tange à terminologia, atribui-se, comumente, à expressão sistema econômico duas acepções em um mesmo sentido, mas facilmente distinguíveis uma da outra. Na primeira acepção, sistema econômico significa o conjunto das atividades econômicas de uma determinada sociedade. Porém, sob o prisma técnico, sistema econômico indica o conjunto de instituições jurídicas e sociais por meio do qual a sociedade enfrenta ou equaciona os problemas econômicos fundamentais. Nesse sentido, significa o conjunto de instituições que permitem à sociedade administrar seus recursos escassos com racionalidade e eficiência, com vista a evitar o máximo possível o desperdício ou malbarateamento de recursos.[76] Nessas perspectivas, a expressão sistema econômico abrange simultaneamente os quadros jurídicos (direito público e direito privado) da atividade econômica e seu quadro geográfico, as formas dessa atividade, os processos técnicos utilizados, seus tipos de organização e, também, o

[75] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 28/29. VASCONCELLOS; Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 2/3.
[76] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 113.

móvel dominante que impulsiona os agentes econômicos. Desse modo, identificam-se os elementos técnicos, psicológicos, político-social, regime político e regime econômico.[77]

Outrossim, o significado de sistema econômico não se confunde com o de regime econômico nem com o de ordem econômica. A expressão regime econômico indica apenas um elemento dos sistemas econômicos, sendo definido como o "conjunto de regras legais que, no seio de um dado sistema econômico, regem as atividades econômicas dos homens, isto é, seus atos e ações em matéria de produção e troca".[78] Por outro lado, também não se devem confundir os significados de sistema econômico com o de ordem econômica, uma vez que essa se refere a uma determinada organização econômica de um específico sistema econômico, preordenada juridicamente. Ordem econômica, por sua vez, indica a estrutura ordenadora da Economia, composta pelos elementos que configuram um sistema econômico.[79]

É oportuno mencionar que o conceito de sistema econômico – ou sistema de mercado – não deve ser confundido com o significado de mercado. Este último termo refere-se ao local – físico ou ideal – destinado à realização de trocas de bens econômicos, que sempre existiu e é inerente aos homens e sociedades. Sistema de mercado, por seu turno, consiste no complexo processo de coordenação e de controle das atividades econômicas realizadas no mercado, que recebeu a sua configuração a partir do século XVIII.[80]

No que concerne ao aspecto conceitual, o sistema econômico é compreendido como um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais ao qual deve se adequar o modo de produção e a forma de repartição do produto econômico em uma determinada sociedade.[81] Em outros termos, é o conjunto de normas que estabelece a forma política, social e econômica da atividade produtiva e da distribuição de seus produtos em uma determinada sociedade. É, portanto, um específico sistema de organização da produção, distribuição e consumo de bens e serviços[82] destinados a satisfazer as necessidades humanas no sentido de melhor aproveitamento dos escassos recursos produtivos. A definição é estabelecida pelas forças produtivas e pelas relações sociais de produção existentes em uma determinada sociedade, abrangendo, assim, o tipo de propriedade, a gestão da Economia, os processos de circulação

[77] LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1993, p. 7/8.
[78] LAJUGIE. *Op. cit*., 1993, p. 8. Cabe destacar, todavia, que há quem entenda que são expressões que indicam a mesma categoria econômica, como o faz Fábio Nusdeo (*op. cit*., 1997, p. 115).
[79] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 83.
[80] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 140.
[81] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 192.
[82] VASCONCELLOS; GARCIA. *Op. cit*., 2004, p. 3.

de mercadorias, o consumo e os níveis de desenvolvimento tecnológicos e de divisão do trabalho.

Os sistemas econômicos apresentam-se como elementos básicos constitutivos: a) os fatores da produção (estoques de recursos produtivos: terra, capital, tecnologia etc.); b) o quadro de agentes econômicos (unidades de produção: empresas, Estado etc.); c) o conjunto de instituições políticas, jurídicas, econômicas e sociais, que se referem à atividade econômica. As relações entre esses elementos constituem os pressupostos para seu funcionamento, pois "nenhum sistema econômico é possível sem que um conjunto de normas jurídicas discipline os deveres e as obrigações dos detentores dos recursos e das unidades que os empregarão. Também não há como prescindir de um conjunto de instituições políticas, que definem as esferas de competência de cada agente, e de instituições sociais, que estabeleçam valores de referência e regras de condutas".[83] Assim, o conjunto desses três elementos forma o conteúdo intercomplementar dos sistemas econômicos.

O sistema econômico destina-se a cumprir três funções, a saber: 1º) estabelecer critérios coerentes para a tomada de decisões em matéria econômica; 2º) criar mecanismos aptos à concatenação dessas decisões; 3º) estatuir uma forma de controle dessas decisões, para evitar discrepâncias entre elas.[84]

Os sistemas econômicos distinguem-se entre si a partir da organização das forças produtivas e das relações sociais de produção (isto é, a posição relativa dos homens em face dos meios de produção). Destarte, a classificação pode ser estabelecida segundo a forma adotada quanto à propriedade dos meios de produção, ou seja, verificando-se se há propriedade privada ou coletiva desses meios produtivos. Sob esse ângulo, os sistemas econômicos podem ser classificados em economias capitalistas, corporativas e planificadas, que correspondem às ideologias políticas: liberais, autoritárias de direita ou de esquerda; as democracias e os totalitarismos.[85] Em síntese, pode-se afirmar que os sistemas econômicos classificam-se, em última análise, segundo o modo e a extensão da intervenção do Estado na Economia.[86] Não obstante, vale frisar que essas espécies podem apresentar variações em suas formas concretas quando de sua implantação real.

Em face disso, verifica-se que a Economia e a Política se relacionam e condicionam de modo tão íntimo que na atualidade não se pode estudar os problemas econômicos sem analisar

[83] ROSSETTI. *Op. cit*., 1997, p. 158.
[84] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 114.
[85] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 33/34.
[86] SCIORILLI. *Op. cit*., 2004, p. 5.

a organização política do Estado, nem compreender a estrutura e funcionamento de seus órgãos se não se ativer à realidade econômica.[87] Isso porque "todo e qualquer Estado é e terá sido interventor na economia".[88]

A respeito dessa correlação, vale conferir a seguinte lição:

> as ideologias políticas e sistemas econômicos mesclam-se tanto, na forja da realidade social, que não há uma democracia política, como não existe um liberalismo econômico, nem um autoritarismo ou um socialismo, mas formas diversas, variadas, em que ficam apenas as características do sistema, o '*substractum*' comum a cada um desses tipos fundamentais. [89]

Esse ponto de intersecção entre Política e Economia, na atualidade, pode ser conferido nos textos das Constituições contemporâneas, que após se firmarem como estatuto político do Estado passaram a incluir em seu conteúdo normas fundamentais referentes à atividade econômica. Desse modo, a ordem econômica adquiriu uma dimensão jurídica, que teve como primeira experiência as regras sobre Economia trazidas pela Constituição mexicana de 1917. No Brasil é a Constituição de 1934 a primeira a dispor normativamente sobre a ordem econômica, ao receber a influência da Constituição alemã de *Weimar*.[90]

O conjunto de normas constitucionais que disciplinam a atividade econômica da sociedade recebeu a denominação de Constituição econômica, que deve ser compreendida como "conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da Economia".[91] É, portanto, a regulação jurídico-constitucional da Economia, da qual se espera que estabeleça um determinado sistema econômico.

Nesse contexto, cabe indagar sobre qual é o sistema econômico estabelecido pela Constituição Federal brasileira de 1988. A resposta a essa indagação pode ser encontrada analisando-se os arts. 170 a 192 do Texto Magno, que preconizam as bases constitucionais do

---

[87] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 69.
[88] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 46.
[89] CORRÊA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro: o societarismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 35.
[90] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 760. Américo Luis Martins da Silva (**A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003b, p. 7) destaca que o constitucionalismo econômico buscou "assegurar a justiça social, as condições mínimas de dignidade humana e um nível aceitável de sobrevivência das classes menos favorecidas".
[91] GRAU. *Op. cit*., 2005, p. 81. Cumpre declarar que foge aos limites deste estudo a discussão a respeito da existência ou não da Constituição econômica. Em torno dessa problemática, impende destacar que Celso Bastos (*op. cit*., 2003, p. 70) entende que a Constituição econômica existia mesmo nas Constituições liberais do passado, todavia, como suas regras não eram explícitas, suas diretrizes eram obtidas a partir de sua regulação sobre outras questões, tais como o direito de propriedade, a liberdade de trabalho etc.

sistema econômico nacional. De plano, infere-se que a Constituição brasileira adotou um modelo econômico capitalista, porque baseia sua ordem econômica inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada, segundo inteligência de seu art. 170, estatuindo, assim, o modo de produção capitalista. Disso resulta o entendimento no sentido de que quando a Constituição brasileira dispõe que a ordem econômica tem como um de seus fundamentos a iniciativa privada expressa sua opção por uma economia de mercado, de caráter capitalista, uma vez que a iniciativa privada é um dos princípios básicos desse modo de produção.[92]

Em face da Constituição brasileira, portanto, a adoção do sistema econômico capitalista pode ser aferida da análise dos princípios constitucionais que regulam a economia nacional, mormente dos princípios de livre iniciativa econômica (art. 170, *caput*), da livre concorrência (art. 170, IV) e da propriedade privada dos bens, abrangendo os meios de produção (art. 170, II). Nesse sentido, José Afonso da Silva aduz que "a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, *caput*, incs, II e IV)".[93]

Sendo assim, é patente que a ordem econômica da Constituição brasileira optou por uma Economia de mercado orientada pelos princípios do liberalismo econômico, porém distanciando-se do modelo liberal puro e adequada à ideologia neoliberal, quando adota o intervencionismo econômico para garantir a liberdade de agir dos agentes econômicos e a prioridade dos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Nesse contexto, pode-se afirmar que, à luz da ideologia presente nos princípios constitucionais estatuídos, a Constituição brasileira define como opção de sistema econômico o sistema de economia de mercado capitalista.[94]

1.3.2 O sistema de economia de mercado capitalista

Sabe-se, pelos registros históricos encontrados, que em toda a história da civilização sempre houve quem tratasse os problemas referentes à atividade econômica. Todavia, durante a maior parte da história humana, as questões – e também sua soluções – eram submetidas às

[92] SILVA. *Op. cit*., 2000, p. 759-762.
[93] SILVA. *Op. cit*., 2000, p. 773.
[94] GRAU. *Op. cit*., 2005, p. 190 e 312.

reflexões da Filosofia e/ou da Política. Não havia, portanto, uma doutrina econômica de caráter autônomo e sistemático, já que as ideias sobre Economia constituíam um conjunto de preceitos fragmentários, imprecisos e empregados de maneira acidental. Uma doutrina econômica, compreendida como um corpo teórico de ideias e proposições normativas referentes à Economia, somente se tornou perceptível a partir do momento que os fisiocratas deram um tratamento analítico consistente às questões econômicas.[95] No entanto, uma análise e descrição sistemática do processo econômico surgiram apenas na obra *A riqueza das nações* (de 1776), de Adam Smith, na qual são apresentados os princípios básicos do modelo de produção baseada no liberalismo econômico, ensejando, assim, a configuração do sistema de Economia de mercado capitalista.

Entretanto, o sistema de economia capitalista é fruto de uma longa evolução, que se iniciou no século XII e se precipitou no século XVIII, alcançando sua forma mais acabada no final do século XIX e começo do século XX.[96]

Joseph Lajugie define o capitalismo nos seguintes termos:

> sistema de economia de troca, alicerçada na procura do lucro e no mecanismo do mercado, caracteriza-se, ao mesmo tempo, pela expansão dos quadros da economia em escala mundial e pelo caráter cada vez mais complexo de sua formas de atividade, evolução que se tornou possível, graças ao aparecimento de meios técnicos muito mais aperfeiçoados e à adoção de um regime de liberdade econômica.[97]

É freqüente afirmar-se que o capitalismo moderno tem origem nas grandes invenções mecânicas do século XVIII. Não obstante, Joseph Lajugie destaca que:

> se o sistema capitalista existe como um todo apenas no século XVIII, seus elementos comerciais e financeiros surgiram muito antes. O advento do capitalismo industrial tornou-se possível quando, para alimentar as correntes de trocas preexistentes, os capitais assim acumulados encontram, graças à revolução industrial, possibilidades de investimentos produtivos.[98]

Com efeito, as técnicas comerciais e financeiras inerentes ao capitalismo iniciaram-se no século XII (com as feiras), continuaram nos séculos posteriores, até culminar com a criação dos grandes bancos públicos nos séculos XVII e XVIII, que disseminaram o uso do

---

[95] FEIJÓ. *Op. cit.*, 2001, p. 13.
[96] LAJUGIE. *Op. cit.*, 1993, p. 41.
[97] LAJUGIE. *Op. cit.*, 1993, p. 41.
[98] LAJUGIE. *Op. cit.*, 1993, p. 43.

papel-moeda e assim dotaram a Economia de um instrumento maneável e flexível para trocas comerciais.[99]

No que concerne à origem do capitalismo, é oportuna a lição de Ricardo de Brito Freitas, *in verbis*:

> O surgimento do modo de produção capitalista implicou no domínio da burguesia na esfera econômica. Aliando-se aos monarcas, igualmente interessados no enfraquecimento do feudalismo, a burguesia tratou de assegurar a sua condição privilegiada. O rei, por sua vez, beneficiou-se com a ascenção da burguesia porque tal acontecimento possibilitou-lhe a obtenção dos recursos necessários ao seu fortalecimento e engrandecimento do Estado.
> Em conseqüência da ascensão econômica da burguesia surgiu o Estado-Nação absoluto, fruto ao mesmo tempo do enfraquecimento da nobreza feudal e fortalecimento do poder real.[100]

O Estado absolutista tinha como política econômica o mercantilismo, o qual constituiu a inicial expressão do capitalismo à medida que buscava a expansão comercial e permitia a acumulação de capital.[101]

A respeito disso, Ricardo de Brito Freitas ensina que:

> A política econômica vigente nos Estados absolutistas foi aquela conhecida por mercantilismo. Caracterizava-se o mercantilismo pelo dirigismo estatal destinado a assegurar a expansão comercial – frequentemente pelo uso puro e simples da força – no intuito de gerar superávits na balança comercial, proporcionando assim a acumulação de metais preciosos pelo Estado. Essa política econômica reforçava o poder real, ao mesmo tempo em que permitia à burguesia expandir cada vez mais as suas atividades, reflexo de seus interesses de classe. [102]

Conclui-se, portanto, que o Estado absolutista foi a estrutura política que permitiu o surgimento e expansão do capitalismo em seu início.[103]

No entanto, o sistema de economia capitalista surgiu efetivamente com o advento da Revolução Industrial e da Revolução Liberal no século XVIII. Assim, a revolução nas técnicas, com o desenvolvimento do maquinismo em substituição à força motriz braçal, permitiu a expansão da produção industrial dos bens econômicos a serem trocados no livre

---

[99] LAJUGIE. *Op. cit.*, 1993, p. 44/45.
[100] FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 20/21.
[101] FREITAS. *Op. cit.*, 2001, p. 22/23.
[102] FREITAS. *Op. cit.*, 2001, p. 22.
[103] FREITAS. *Op. cit.*, 2001, p. 23/25.

mercado, propiciando, assim, um acúmulo de capital proveniente dos lucros obtidos pela indústria. Em complemento, a revolução no Direito e nas instituições jurídicas, com o surgimento do liberalismo político,[104] instituiu um regime de liberdade mais favorável ao espírito de empresa, pois desdobrou-se em liberdade de concorrência comercial e de trabalho e se constituiu no princípio fundamental da liberdade econômica. Foi nesse momento que o modelo de produção econômica capitalista se constituiu efetivamente.[105]

Essas condições políticas e jurídicas para o advento da economia de mercado surgiram em meados do século XVIII, com a formulação do pensamento liberal clássico, que tinha como postulado contestar os princípios da autoridade e da tradição, hauridos do mundo mercantilista.[106] Em 1776, a publicação da obra A *riqueza das nações*,[107] de Adam Smith, que se funda na concepção jusfilosófica liberal, começou a mudar as crenças nos princípios tradicionais da Economia. Nessa obra, Adam Smith expõe um sistema econômico que se opõe ao modelo mercantilista e à corrente fisiocrática, porque defende a não intervenção do Estado na Economia e que o crescimento econômico decorre da divisão do trabalho e do acúmulo de capitais.[108]

O liberalismo econômico apresenta os seguintes pressupostos:[109] a) obediência às leis naturais que regem a Economia; b) a liberdade individual em matéria econômica; c) a liberdade de contratar; d) a livre concorrência comercial e a liberdade de trabalho; e) a máxima *Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même* (deixar fazer e deixar passar, o mundo marcha sozinho), que implica reduzir as funções do Estado, as quais devem se

---

[104] Ricardo de Brito Freitas (*op. cit.*, 2001, p. 49) ensina que: "[...] O liberalismo foi, portanto, a doutrina política voltada para a limitação dos poderes do Estado e de suas funções em prol de um Estado de Direito e de um Estado mínimo".

[105] LAJUGIE. *Op. cit*., 1993, p. 45-49.

[106] A respeito da substituição de mercantilismo pelo liberalismo econômico, Ricardo de Brito Freitas (*op. cit*., 2001, p. 48) aduz que: "[...] Na esfera econômica a ideologia liberal fez com que fosse progressivamente substituída a concepção mercantilista típica do absolutismo que implicava na excessiva intervenção do Estado na vida econômica. Por outro lado, causou a extinção dos resquícios das relações feudais características deste modo de produção".

[107] Essa obra é considerada a *bíblia* da Economia de mercado e um das principais livros do mundo ocidental; contudo os críticos afirmam que não é original, salvo pela disposição dos assuntos e sua exposição. Porém, reconhecem que os exemplos analisados ainda hoje continuam significativos e que sua análise é excepcionalmente eficaz (PINHO; VASCONCELLOS. *Op. cit*., 1998, p. 37).

[108] Ricardo de Brito Freitas (*op. cit*., 2001, p. 48) faz oportunas considerações sobre o início do liberalismo econômico, nestes termos: "O fato é que o dirigismo estatal excessivo sob a monarquia absoluta acarretava, segundo os teóricos do liberalismo econômico, uma inibição do desenvolvimento das forças produtivas, o que determinou a inviabilização do apoio da burguesia do *ancien régime*. Todavia, é ingenuidade acreditar que as burguesias nacionais abriram de imediato seus largos braços ao *laissez-faire*. A história econômica mostra que as teses do livre mercado só se impuseram na medida em que os Estados perceberam-se fortes o suficiente para abrirem os seus mercados a competição".

[109] BASTOS. *Op. cit*., 2003, p. 19/20.

restringir à segurança pública (da ordem e da propriedade). Em síntese, o Estado não deve intervir na Economia porque esta é regida por leis naturais do próprio mercado.

A premissa fundamental do liberalismo econômico é que o interesse individual coincide com o interesse geral, devendo-se, portanto, conceder plena liberdade de ação aos interesses privados,[110] pois quando o indivíduo busca a máxima satisfação pessoal está também contribuindo para a obtenção do máximo bem-estar social.[111] 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. Desse modo, a política econômica smithiana defende a suposição de que a livre concorrência maximiza o desenvolvimento econômico da nação e de que os benefícios desse desenvolvimento seriam partilhados por toda a sociedade.[112]

Para Adam Smith a riqueza das nações decorre do trabalho humano, enquanto a produtividade aumenta com a divisão desse trabalho (a divisão seria uma tendência inerente ao sistema de trocas) e seria estimulada com a ampliação dos mercados. Assim, o incentivo à iniciativa privada e à ampliação dos mercados enseja o incremento da produtividade e da riqueza das nações.[113] Nesse contexto, o trabalho seria mais produtivo com o emprego de capital adicional, obtido a partir do lucro gerado pela venda de um bem a um preço superior ao seu custo de produção. O crescimento econômico, portanto, decorre da acumulação de capital.

A obra de Adam Smith estabeleceu os paradigmas do progresso econômico, segundo o pensamento liberal, tendo sido a base teórica da Escola Clássica[114] da Economia e influenciado todos os escritos econômicos que lhe são posteriores.[115] Seus discípulos (em especial, T. Malthus, D. Ricardo, J. S. Mill e J. Say) procuram explicar melhor certos pontos

---

[110] HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. São Paulo: Editora Atlas, 1995, p. 106.
[111] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 46.
[112] PINHO; VASCONCELOS. *Op. cit*., 1998, p. 37. Os autores supramencionados (*op. cit*., 1998, p. 36) destacam que, não obstante Adam Smith seja considerado o fundador do pensamento capitalista,sua simpatia voltava-se frequentemente para o operário e para o trabalhador rural, já que se opunha aos privilégios e à intervenção estatal que caracterizava o mercantilismo.
[113] VASCONCELLOS; GARCIA. *Op. cit*., 2004, p. 17.
[114] A denominação economistas clássicos foi empregada por Karl Marx para designar os autores da teoria econômica que tem em David Ricardo seu ponto doutrinário culminante. Assim, neste estudo a expressão Escola Clássica indica o grupo de economistas do século XVIII e inicio do século XIX liderados pela doutrina de Adam Smith (PINHO; VASCONCELLOS. *Op. cit*., 1998, p. 36).
[115] HUGON. *Op. cit*., 1995, p. 109.

ambíguos ou inconsistentes da doutrina econômica smithiana com vistas a consolidar o sistema de economia capitalista.[116]

No que se refere ao aspecto conceitual, o termo capitalismo, numa acepção restrita, é uma forma particular, historicamente específica, de agir econômico, ou seja, um modo de produção em sentido estrito.[117] Sob o prisma da ciência econômica, capitalismo é compreendido como o sistema econômico no qual as relações de produção se fundam na propriedade privada dos bens em geral (especialmente, o de produção) e na liberdade de iniciativa econômica, de concorrência comercial e de trabalho. Verifica-se, pois, que seu pressuposto é a liberdade econômica. O sistema capitalista constitui a denominada economia de mercado, uma vez que tem como premissa que são as próprias condições do mercado que determinam o funcionamento e o equacionamento da Economia. Esse postulado considera que uma "*mão invisível"* (ou seja, a livre competição entre os agentes econômicos) regula e equilibra as relações econômicas entre oferta e procura no mercado. Assim, nesse sistema econômico os preços dos bens são determinados pela proporção entre a oferta e a respectiva demanda destes, seguindo regras que são naturais e inerentes ao próprio mercado e sem necessidade de intervenção do Estado.[118]

O sistema de economia de mercado apresenta três características principais do modo de produção capitalista: a) a propriedade privada dos meios de produção, que necessita da presença do livre trabalho assalariado para sua ativação econômica; b) o sistema de mercado, baseado na livre iniciativa e na empresa privada; c) os processos de racionalização dos métodos de produção para a valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado visando ao lucro.[119] Pode-se, portanto, perceber que a sua essência radica no direito à propriedade privada dos meios de produção e na determinação da distribuição dos bens econômicos pelo próprio mercado. Assim, a economia de mercado pressupõe a liberdade econômica (de iniciativa, de concorrência e de trabalho) e a propriedade privada dos meios de produção, cabendo ao Direito assegurar esses dois aspectos básicos do sistema de economia capitalista.[120]

No mundo ocidental, até o início do século XX prevalecia o sistema de economia capitalista orientado pelo liberalismo econômico em sua forma pura, ou seja, como regra geral

---

[116] PINHO; VASCONCELLOS. *Op. cit*., 1998, p. 38.
[117] BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UnB – Universidade de Brasília, 1999, p. 141.
[118] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 35.
[119] BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO. *Op. cit*., 1999, p. 141.
[120] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 35/36.

não havia intervenção estatal na Economia. Em face da crise do liberalismo econômico na década de 1920, o sistema de produção capitalista passou a receber a intervenção do Estado sobre a produção e distribuição de bens econômicos, não obstante prevalecessem ainda as forças de mercado. A partir desse momento, na economia de mercado os problemas fundamentais da Economia passaram a ser equacionados, ainda predominantemente, pelo sistema de preços, que funciona por meio da oferta e da demanda dos fatores da produção, embora o Estado também intervenha para manter as condições de funcionamento e a operacionalidade do livre mercado. Nesse novo formato, os preços dos produtos a serem adquiridos são estabelecidos pela concorrência entre os produtores e entre os consumidores, mas sob a tutela jurídica do Estado.[121] É, portanto, uma configuração intermediária da economia de mercado, pois não há mais a liberdade econômica irrestrita, tampouco uma regulação absoluta do Estado sobre a Economia.

O intervencionismo estatal na Economia é um sistema intermediário entre o liberalismo e o marxismo econômicos, tendo sua origem no advento do Estado do Bem-Estar social (*Welfare State*). Seu surgimento decorre das constatações: a) de que o mercado não consegue conter os desvios e abusos dos agentes econômicos; b) do fracasso do liberalismo econômico diante dos problemas sociais do pós-guerra (miséria, desemprego etc.); c) do surgimento do Estado socialista como titular exclusivo da atividade econômica, que gerou o receio da extinção da livre iniciativa e concorrência na Economia. Nesse contexto, os Estados ocidentais passaram a intervir juridicamente na Economia e a atuar diretamente como agente da atividade econômica (criando empresas públicas e sociedade de economias mistas, fomentando a Economia por meio de incentivos fiscais, empréstimos e subsídios). Nesse sistema econômico ao Estado incumbe as seguintes funções: a) suprir as deficiências do mercado; b) implantar os objetivos da política econômica estabelecidos pela política econômica; c) incentivar e regular a Economia para manter o bom funcionamento do mercado e dos mecanismos de concorrência.[122]

Entretanto, a crise gerada pelo fracasso dos sistemas econômicos do socialismo e do *Welfare State* ensejou, a partir da última década do século XX, uma mudança nos parâmetros de atuação do Estado na Economia, na qual se percebe uma retomada dos ideais concebidos pelo liberalismo econômico. Nesse novel contexto, defende-se a redução das dimensões do Estado com o objetivo de desonerá-lo de várias funções sociopolíticas em razão de sua notória

[121] VASCONCELLOS; GARCIA. *Op. cit*., 2004, p.3/4. SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 29.
[122] BASTOS. *Op. cit*., 2003, p. 84/85.

ineficiência e de seus vícios (burocratização, cerceamento de liberdades individuais, desperdício de recursos e má condução da Economia).[123]

Essa nova configuração da realidade econômica é bem apresentada por André Ramos Tavares, *in verbis*:

> De outra parte, apesar do fracasso congênito, o socialismo acabou por ter reflexos também na 'socialização' já operada no capitalismo (que se verificava em algumas partes do mundo), levando a uma retomada dos postulados liberais e a uma postura de retrocesso na intervenção estatal até então desenvolvida. Isso facilmente se verifica com a onda das privatizações que alcançou diversos países recentemente, como o México, a Argentina e o Brasil, especialmente em setores até então considerados básicos, como o da saúde, da energia elétrica, águas e outros, todos eles bens considerados essenciais e básicos (fundamentais) ao ser humano. Apesar dessa fundamentalidade, não se pôde impedir a 'privatização relativa' da responsabilidade por essas prestações. [124]

Esse novo modelo econômico é denominado neoliberalismo, e partindo das premissas fundamentais do liberalismo, defende que a liberdade deve se referir essencialmente ao comércio e à circulação de capitais. Caracteriza-se, por seu turno, por buscar uma economia de mercado sem limites, pois dedica especial atenção à atividade econômica em detrimento das atividades estatais sociais e políticas. Nesse modelo, o Estado deve voltar-se para o mercado.[125] Não rejeita a intervenção do Estado na Economia, todavia a essência de doutrina econômica é a liberdade econômica como causa eficiente para o progresso social, que pode trazer um melhor atendimento das necessidades sociais e razoável distribuição de renda em razão do bom funcionamento do mercado. Entrementes, a intervenção estatal deve se restringir a regular o mercado e promover o aperfeiçoamento de sua operacionalidade.[126]

O neoliberalismo econômico baseia-se na "concepção da presença do Estado sobre a economia, portanto, na revalorização das forças de mercado, na defesa da desestatização e na busca de um Estado financeiramente mais eficiente, probo e equilibrado, reduzindo-se os encargos sociais criados no pós-guerra, ainda que sem afastar totalmente o Estado da prestação de serviços essenciais".[127]

---

[123] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 62/63.
[124] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 62/63.
[125] BASTOS. *Op. cit*., 2003, p. 26/27.
[126] SCIORILLI. *Op. cit*., 2004, p. 7.
[127] TAVARES. *Op. cit*. 2006, p. 64.

Esse é modelo econômico neoliberal que se concretiza por ser acentuadamente liberal, mas que procura não descuidar da contextualização social.[128] É o modelo ideológico adotado pela Constituição Federal de 1988 para o sistema de economia de mercado capitalista brasileiro.

[128] TAVARES. *Op. cit*. 2006, p. 64.

1.4. A Economia e o Direito

A Economia, por ser o estudo do agir econômico do homem (ou seja, da administração dos recursos escassos para atender às necessidades humanas), estabelece relações com várias áreas do conhecimento humano, dadas as implicações da atividade econômica sobre os outros aspectos da vida social. Nesse contexto relacional, a Economia apresenta uma especial interdependência com o Direito, uma vez que compete à norma jurídica estabelecer os direitos e deveres dos agentes econômicos, fixando, assim, o âmbito de atuação no exercício da atividade econômica. Isso porque é condição básica para o funcionamento de um sistema econômico a existência de um conjunto de regras jurídicas disciplinando as relações entre os detentores dos meios de produção e as unidades de produção que os empregarão. Por conseguinte, pode-se afirmar que o Direito condiciona a Economia, porém o surgimento de novas questões econômicas transformam o arcabouço jurídico.[129]

Não obstante o papel regulador de mercado do Estado na atualidade tenha intensificado as relações entre Economia e Direito, verifica-se que essa interdependência apresenta-se desde as primeiras relações humanas regulamentadas juridicamente, uma vez que o homem sempre teve de basear-se em algum sistema de relacionamento econômico,[130] haja vista a atividade de trocas comerciais ser inerente aos homens e às sociedades.

No que tange a essas relações, é oportuno trazer a lume uma lição multicitada alhures de Sampaio Ferraz Jr., *ipsis litteris*:

> Tanto o Direito como a Economia, enquanto saberes sociais, procedem pelo relacionamento de elementos descontínuos mas análogos, embora possam estabelecer entre eles relações de causalidade e de imputação, constantes estruturais evidentes ou normativas. Ambas, nesses termos, não captam o ser

---

[129] Josué Petter (**Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Editora RT, 2005, p. 28/29) adverte que "desconhecer a repercussão do econômico no desvelamento do fenômeno jurídico equivale, tanto por tanto, e também erroneamente, a enfocar a Economia como um fim em si mesma, esquecendo-se que essa, desde o surgimento das primeiras idéias tidas como econômicas, já em Aristóteles, ou mesmo antes dele, foi concebida como algo a ser posto a serviço do homem, otimizando recursos e disponibilidades, para o bem de todos, da coletividade – no viés do jurídico dir-se-ia os fatos tais como devem ser –, conferindo um conteúdo normativo à Economia e assim, destarte, aproximando-a do Direito e da Moral. Supõe-se que, nas duas hipóteses, eventual distanciamento, intencional ou não, entre a Ciência do Direito e a Ciência da Economia conduza, em determinados casos, a decisões mais ou menos distantes do justo – no caso do Direito – ou redunde em soluções econômicas pouco eficientes e menos lucrativas – no caso da Economia".

[130] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 27.

> humano como natureza, mas o homem como positividade (ser que fala, que realiza trocas, que produz, que regula seu próprio comportamento). Ou seja, seu objeto, enquanto ciências humanas, não é o homem, mas a efetualidade do seu relacionamento, da qual elas participam e na qual se referem. [131]

Verifica-se, portanto, que ambas as atividades – econômica e jurídica – se interpenetram, continuamente, nas relações sociais, incumbindo, todavia, ao Direito fornecer os elementos de caráter normativo para a organização e limitação, quando necessário, da atividade econômica. Assim, as regras jurídicas são indispensáveis ao funcionamento da Economia, pois visam a tornar harmônicas e organizadas as atividades econômicas.[132]

Portanto, Economia e Direito imbricam-se profundamente, uma vez que a configuração dos fatos econômicos decorre da organização ou normatização – *nomos* – das atividades desenvolvidas na *oîkos*, sendo essa o local onde se realiza a administração de bens.[133]

Fábio Nusdeo sintetiza precisamente o tema, *in verbis*:

> Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou pelo contrário, esta influi sobre aquele. [134]

Conclusivamente, cumpre salientar que se por um lado o Direito subordina a Economia, de outro o Direito se submete às influências do fenômeno econômico.[135]

1.4.1 As relações entre Economia e Direito

A determinação dos contornos da relação Economia-Direito tem sido buscada por várias doutrinas – e seus respectivos seguidores −, que desde o século XVIII, em especial a partir de meados do século XIX, apresentaram posições que revelam preocupação com esse relacionamento ou eram tomadas como elementos para confirmá-lo. Contudo, as discussões apenas se intensificaram após Karl Marx apresentar sua concepção de Direito como superestrutura da atividade econômica. A partir desse momento, os economistas, juristas e

---

[131] FERRAZ JUNIOR em seu prefácio de NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 16.
[132] BASTOS. *Op. cit*., 2003, p. 47 e 49.
[133] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 32.
[134] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 33.
[135] CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Editora Lejus, 1999, p. 115.

filósofos empenharam-se em defender ou em contestar essas conclusões. Seguem os principais posicionamentos a respeito das relações entre Economia e Direito.[136]

a) Relação de causação

É a posição do materialismo histórico de Karl Marx, que considera o Direito como uma superestrutura ou subproduto – um reflexo – das relações de produção existentes numa determinada sociedade. Assim, a infraestrutura econômica, que é composta pelas relações de produção, é a base real sobre a qual se ergue a superestrutura jurídica, o Direito.[137]

Sob esse prisma marxista, Economia e Direito encontram-se numa relação de causa e efeito, uma vez que as relações de produção que integram a estrutura econômica criam e modelam o Direito, considerado seu subproduto, segundo seus interesses e ideologia.

Essa concepção é alvo de várias críticas por apresentar um caráter unilateral da problemática e, também, por defender a existência de uma estrutura econômica que é anterior à ordem jurídica e dela independente, quando, na realidade, o Direito sempre é um fenômeno presente, qualquer que seja a organização da atividade econômica.[138]

Miguel Reale, em crítica a essa concepção de relação de causação marxista, assevera que:

> Nada justifica o entendimento do Direito como forma abstrata e vazia casada a um conteúdo econômico, inclusive porque o Direito está cheio de regras que disciplinam atos totalmente indiferentes ou alheios a quaisquer finalidades econômicas. Como bem observa Ascarelli, a questão é bem outra, por ser próprio do Direito receber os valores econômicos, artísticos, religiosos etc., sujeitando-os às suas próprias estruturas e fins, tornando-os, assim, jurídicos na medida e enquanto os integra em seu ordenamento. [139]

Assim, cumpre reconhecer que não apenas o fator econômico influencia o Direito, mas esse também é condicionado por outros fatores sociais (religiosos, éticos, geográficos etc.), em face do que se verifica a unilateralidade e a inconsistência da perspectiva marxista de relação de causação entre Economia e Direito.[140]

---

[136] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: Ediotra LTr, 2005, p. 85-87.
[137] AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introdución al derecho**. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2004, p. 343/344.
[138] REALE. *Op. cit.*, 1996, p. 21.
[139] REALE. *Op. cit.*, 1996, p. 22.
[140] REALE. *Op. cit.*, 1996, p. 22.

b) Relação de integração

É a posição doutrinária de Rudolf Stammler desenvolvida em sua obra *Economia y derecho según la concepcion materialista de la história* (1897), na qual apresenta uma crítica à tese central da perspectiva marxista sobre a relação entre esses saberes científicos.[141]

Para Rudolf Stammler, entre Economia e Direito há, na verdade, uma relação de matéria e forma, ou seja: "o Direito é a forma que funciona como condição de possibilidade da matéria econômica, já que resulta evidente que qualquer fenômeno econômico (*verbi gratia*, o câmbio), só é concebível graças a uma forma ou armação jurídica determinada (*v.g.*, no caso do cambio, a liberdade de contratar)".[142] Assim, qualquer consideração sobre os fenômenos econômicos se encontra sob as condições lógicas estabelecidas pelo Direito. Desse modo, Economia e Direito são, respectivamente, matéria e forma dos fenômenos sociais.[143]

Não obstante a crítica de R. Stammler ao materialismo histórico seja válida, sua concepção sobre o relacionamento entre Economia e Direito não considera que as demais matérias sociais podem, em determinadas circunstâncias, ensejar a instituição de uma forma jurídica.[144]

c) Relação de interação

É a posição intermediária e, também, aceita pela maioria dos estudiosos do tema, na qual se preconiza não haver predominância do econômico sobre o jurídico, nem deste sobre aquele, já que ambas as atividades, econômica e jurídica, se interpenetram continuamente.[145] Isso porque, nada obstante o Direito organize e condicione a realização da atividade econômica, o surgimento de uma nova questão econômica repercute sobre a estrutura da ordem jurídica.

Em face disso, verifica-se que entre Economia e Direito há, na verdade, uma relação de interação constante, pois não se pode afirmar que aquela seja a causa deste último, ou que o Direito seja apenas o subproduto ideológico das relações de produção.[146]

---

[141] AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO. *Op. cit.*, 2004, p. 724.
[142] AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO. *Op. cit*., 2004, p. 725.
[143] AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO. *Op. cit*., 2004, p. 724.
[144] AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO. *Op. cit*., 2004, p. 725.
[145] PEREIRA, Affonso Insuela. **O direito econômico na ordem jurídica**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974, p. 3.
[146] REALE. *Op. cit*., 1996, p. 21.

Nesse sentido, Miguel Reale[147] aduz que: "há, em suma, uma interação dialética entre o econômico e o jurídico, não sendo possível reduzir essa relação a nexos causais, e tampouco a uma relação entre forma e conteúdo".

Diante disso, pode-se concluir que o Direito tanto determina como influencia os fatos econômicos, sendo, contudo, influenciado pela Economia.

d) *Law and Economics*: **análise econômica do Direito**

A partir da década de 1960 surgiu na literatura jurídica norte-americana um intenso movimento sobre as relações entre a Economia e o Direito que passou a se denominar *Law and Economics* (Escola da Análise Econômica do Direito). Essa doutrina remonta às obras de Ronald H. Coase (*The problem of social cost* – 1960) e Guido Calabresi (*The cost of accidentes – A legal and economics analisys*). Essa corrente parte das premissas de que o Direito importa em custos de transação econômica positivos e significativos e que as instituições jurídicas refletem, significativamente, sobre o comportamento dos agentes econômicos. Sendo assim, defende uma análise econômica do caso *sub judice* para fins de aplicação do Direito, buscando-se uma melhor alocação dos recursos.[148] Na perspectiva de Ronald Coase, o Direito atua sobre a atividade econômica por meio da política econômica, consistindo esta na escolha das regras e procedimentos legais com vistas a maximizar o bem-estar social.[149]

Posteriormente, recebe destaque Richard A. Posner com sua obra *Economics analisys of Law* – 1973, que apresenta como postulado a eficiência econômica como valor referencial de maior relevância na orientação do ordenamento jurídico. Sob esse prisma, busca-se a instituição de um Direito eficiente e que conduza à eficiência econômica. Para tanto, os aplicadores do Direito devem inferir as consequências econômicas de suas decisões e escolher as normas que levem à eficiência econômica.[150] Destaque-se que se entende que na atualidade o estudo da ordem jurídica exige a compreensão do método e das propostas trazidas pelo movimento da AED – análise econômica do Direito.[151]

---

[147] REALE. *Op. cit*., 1996, P. 21.
[148] PETTER. *Op. cit*., 2005, p. 68.
[149] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005, p.12.
[150] PETTER. *Op. cit*., 2005, p. 68.
[151] FORGIONI, Paula. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Nº 77, p.35-61, São Paulo: TRF, maio/jun de 2006, p. 35.

Essa perspectiva defende que o Direito afeta de modo significativo a Economia em razão da configuração da política econômica estatal adotada, sendo, portanto, uma das instituições que mais influenciam o desempenho econômico dos Estados.[152]

A análise econômica do Direito refere-se ao movimento que pugna pela elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas mediante sua avaliação pelos critérios e métodos da Economia. Isso quer dizer que a legislação deve ser analisada à luz dos custos e benefícios que traz aos agentes econômicos, bem como em razão do número de opções que lhes podem ser legalmente oferecidas. Em síntese, significa que a legislação e os institutos devem ser avaliados em termos de sua eficiência/ineficiência na geração e distribuição de riqueza.[153] Desta feita, o movimento de análise econômica do Direito busca estabelecer uma teoria positiva do sistema jurídico a partir da perspectiva do paradigma e da eficiência econômica. Isso porque adota como postulado fundamental a ideia de que o incremento do grau de segurança e de previsibilidade proporcionado pelo Direito leva ao desenvolvimento da Economia,[154] ou seja, "os mercados funcionam de forma mais eficiente se ligados a um *ambiente institucional estável*, no qual os agentes econômicos podem *calcular*, i. e., razoavelmente prever o resultado de seu comportamento e o daqueles com quem se relaciona".[155]

Armando Pinheiro e Jairo Saddi apresentam uma precisa síntese da perspectiva do movimento *Direito e Economia*, nestes termos:

> O Direito e a Economia, ao diminuírem suas diferenças, tornam-se essenciais um para o outro. Além disso, é consenso que o crescimento econômico se pauta em instituições fortes de direito, e quando este se reveste de uma visão mais econômica, há um melhor sistema econômico. Assim, as leis devem estar baseadas em incentivos (positivos ou negativos) econômicos para o seu fiel cumprimento. O Direito tem um papel fundamental na definição de regras de acesso e de saída do mercado e ainda regula a competição e a conduta nos setores em que há problemas de concorrência. [156]

Essa concepção jus-econômica é alvo de várias críticas – em especial por parte de Ronald Dworkin – que denuncia haver uma confusão de conceitos, pois a "maximização da

[152] PINHEIRO; SADDI. *Op. cit*., 2005, p.14.
[153] PIMENTA. *Op. cit*., 2006, p. 163 e 169.
[154] FORGIONI. *Op. cit*., 20006, p. 36/37.
[155] FORGIONI. *Op. cit*., 20006, p. 37.
[156] PINHEIRO; SADDI. *Op. cit*., 2005, p. 32.

riqueza" e a "eficiência" não têm o mesmo sentido para o economista e para a Justiça, bem como rejeita uma teoria política do Direito que corresponderia àquela orientação.[157]

[157] SOUZA. *Op. cit.*, 2005, p. 94.

1.5. A Economia e o direito penal

A incidência da ação ordenadora do Direito sobre a Economia é uma premissa para a realização do processo econômico, uma vez que um dos pressupostos para o funcionamento de um sistema econômico é a existência de um conjunto de normas jurídicas que estabeleça as regras de atuação dos agentes econômicos nas relações de produção e distribuição de bens econômicos. Por outro lado, a ampliação das atividades econômicas se projeta sobre todos os ramos do Direito ensejando manifestações de normas com conteúdo econômico em todas as disciplinas jurídicas. No que tange ao direito penal, revela-se patente que a influência do fenômeno econômico propicia uma desmesurada expansão criminalizadora.

Em face disso, debate-se, calorosamente, a respeito dos limites da intervenção penal na Economia, radicando a importância da discussão na circunstância de que a tutela penal tem uma estrita proximidade com a ideia de sistema econômico.[158] Isso porque o direito penal é um dos principais instrumentos que o Estado emprega para obter êxito na realização de suas políticas social e econômica, quando se verifica resistência à sua implantação e à prática de condutas que podem afetar de modo intolerável a convivência social. Assim, no sistema da Economia o direito penal é utilizado como um meio para assegurar o desenvolvimento econômico da sociedade, com vistas a se alcançar um estágio de bem-estar e de progresso social.[159]

Por conseguinte, a vigência efetiva de um sistema econômico implica a instituição de um sistema repressivo próprio, particularmente intimidatório, executivo e flexível. Assim, o complexo de normas que disciplinam o exercício da atividade econômica resulta, quase sempre, numa configuração de inéditas infrações criminais.[160]

Com efeito, constata-se que a intervenção penal na realização de atividades econômicas existe desde que o ser humano passou a viver em sociedade, pois sabe-se que em quase todas as civilizações da Antiguidade o Direito se ocupou dos denominados delitos econômicos. Outrossim, a tutela penal da atividade econômica apresenta maior ou menor grau

---

[158] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo.** São Paulo: Editora RT, 2006, p. 19.

[159] RODRIGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. **El derecho penal en la actividade económica**. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2000, p. 30.

[160] AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho penal economico**. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1959, p. 23.

de formalidade conforme o período histórico e os valores socioeconômicos de cada povo nesse determinado momento temporal.[161]

No entanto, até o surgimento da Economia como atividade de produção e distribuição de bens organizada racionalmente a partir do século XVIII, a intervenção penal na atividade econômica se caracterizava por seu caráter fragmentário, assistemático e acidental, porquanto dirigida ao tratamento de problemas econômicos pontualmente considerados.

Apesar da constante presença da intervenção penal na atividade econômica no transcurso da historia humana, a instituição de um conjunto de normas penais sobre matéria econômica, que constituiu o denominado direito penal econômico, somente surgiu a partir da superação do liberalismo econômico em face da crise desse modelo de produção econômica e das circunstâncias decorrentes das duas grandes guerras mundiais.

Portanto, cabe verificar quais as condições que fazem surgir a necessidade e a ideia de legislar penalmente a respeito da matéria econômica, a ponto de na história moderna constituir-se um direito penal econômico.

A intervenção penal na Economia apresenta-se necessária em face da situação: 1ª) de guerra, cujas condições sociais e econômicas de emergência impõem ao Estado a adoção de medidas que interferem no funcionamento normal do mercado, para fins de atender às necessidades cogentes e supremas de existência e atuação bélica; 2º) de crise econômica (proveniente de escassez ou de concentração econômica), na qual a tutela penal apresenta-se como uma proteção à livre concorrência econômica, para evitar que agentes econômicos particularmente poderosos constituam monopólio ou outras formas semelhantes de concentração de poder econômico, visando a manipular as relações de oferta e demanda de bens e serviços no mercado para obter abusivamente lucro ou proveito próprio.[162]

Essas circunstâncias que autorizam a intervenção penal na Economia foram bem exemplificadas por Enrique Aftalión, nestes termos:

> A guerra, a inflação, a quebra dos mercados, a escassez de produtos essenciais, etc., por uma parte, e por outra as regulações ditadas para encarar estes 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 do

---

[161] ROYSEN, Joyce. Historia da criminalidade econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 11, nº 42, p. 192-213, São Paulo: Editora RT, jan./mar. De 2003, p. 192/193.

[162] AMPUERO, Raúl. La ideia de legislar en materia de delito económico. **Revista de Ciencias Penales**. Nº 1, Tomo XXI, p. 22-29, Santiago do Chile: Instituto de Ciencias Penales, jan./jun de 1962, p. 24/25. MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p. 114.

> permitido. Para lutar contra o egoísmo humano, para frear a especulação e o afã de lucro, apareceu como necessário sancionar penalmente, sem demora, as infrações das regras econômicas. Mais ainda: como no campo econômico os interessados, habituados a calcular com antecipação todas as contingências de seu comércio, também calculam friamente as sanções em que podem incorrer, o legislador pensou – não sem razão – que era indispensável dotar o Direito penal-econômico de um caráter particularmente severo, intimidativo e executivo. [163]

Em síntese, pode-se asseverar que as condições para a intervenção penal na Economia surgem em face de situações que afetam a marcha regular do mercado, resultando, assim, numa deterioração do sistema de produção e de preços dos bens econômicos.[164]

Verifica-se a influência dessas causas para a intervenção estatal na Economia nas duas grandes guerras mundiais e nas crises econômicas por elas deixadas, pois na Alemanha, durante os anos da Primeira Guerra Mundial, houve uma desenfreada edição de normas jurídicas – em especial de natureza penal – para disciplinar a Economia, ensejando um direito econômico amparado no direito penal.[165] Essa situação também se repetiu na Holanda e na França, que lançaram mão da intervenção penal na Economia com o escopo de superar a crise econômica no período entre as duas grandes guerras mundiais.[166]

No mundo e sociedade contemporâneos a intervenção penal na atividade econômica tem sido empregada cada vez mais em razão de o sistema social da Economia impor-se com preponderância sobre todos os demais sistemas da vida social. Há, assim, um predomínio da Economia, e colocar em risco a sua posição equivale a um sacrilégio, algo comparado a provocar a ira dos deuses. Desse modo, o poder econômico substitui o poder estatal.[167] Nesse contexto, os fatos que afetam o regular desenvolvimento das relações econômicas são considerados como condutas que destroem as fontes de riquezas e o patrimônio econômico da nação.

Sendo assim, o Direito ocupa-se cada vez mais em tutelar a realização da atividade econômica com vistas a permitir que as necessidades do ser humano sejam atendidas pronta e eficazmente.

---

[163] AFTALIÓN. *Op. cit.*, 1959, p. 24.
[164] AMPUERO. *Op. cit.*, 1962, p. 25.
[165] TIEDEMANN. Klaus. **Poder económico y delito: introdución al derecho penal económico y de la empresa.** Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 16.
[166] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. *In* **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 324.
[167] JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri/SP: Editora Manole, 2003, p. 47/48.

Nessa linha de entendimento, Miranda Gallino destaca que:

> Sem embargo, em nossa sociedade atual sem uma certa ordem, esta economia não pode prosperar, não pode desenvolver-se ao ponto de constituir um eficaz instrumento de plena satisfação das necessidades materiais do homem. Isto permite afirmar que o direito penal não protege ou tutela a realização do fenômeno econômico como fato em si, senão que protege a integridade da ordem, que se estima necessário para o cumprimento desse fato, de maneira que possam produzir-se assim os fins propostos. [168]

Desta feita, a intervenção penal apenas se justifica quando empregada para garantir o desenvolvimento da Economia e sua constituição como eficaz instrumento para plena satisfação das necessidades materiais do ser humano. Cumpre, portanto, não tutelar o fenômeno econômico como um fim em si mesmo, mas intervir para que se configure como um sistema social destinado ao melhor atendimento das necessidades da sociedade.[169]

Por outro lado, cumpre destacar que em face do conteúdo gravoso da intervenção penal, o direito penal deve ser empregado somente como *ultima ratio* na proteção da Economia, à medida que se verifique o fracasso das formas de controle e prevenção social não penais.

Nesse sentido, foram as recomendações do XIII Congresso da AIDP (Associação Internacional de Direito Penal), no Cairo – Egito, em 1984, cujo tema foi *O conceito e os princípios fundamentais do direito penal econômico e da empresa*, que sugere o emprego subsidiário do direito penal na tutela da ordem econômica, não obstante reconheça sua relevância em determinados casos. Confira-se o teor dessas Recomendações, *in verbis*:[170]

> 2. O Direito Penal constitui somente uma das medidas para regular a vida econômica e para sancionar a violação das regras econômicas. Normalmente, o Direito Penal desempenha um papel subsidiário. Mas em determinados setores o Direito Penal é de primeira importância e prevê meios mais apropriados para regular a atividade econômica. Em tais casos o Direito Penal implica uma menor intervenção na vida econômica que o Direito Administrativo ou o Mercantil.
> [...]
> 14. Normalmente, deveria fomentar-se a introdução de meios administrativos e civis (mercantis) antes de incriminar determinados atos ou omissões prejudiciais para a vida econômica.

---

[168] MIRANDA GALLINO, Rafael. **Delitos contra el orden económico**. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 26.
[169] MIRANDA GALLINO. *Op. cit*., 1970, p. 26.
[170] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 183/184.

1.6. O direito econômico e o direito penal

Economia e Direito se correlacionam tão profundamente, a ponto de esse contato resultar na instituição de um campo comum de estudos, a saber, o direito econômico, considerado como um instrumento da política econômica.[171]

Por outro lado, uma abordagem a respeito da tutela penal da Economia – objeto central da análise desenvolvida neste estudo – deve partir da premissa de que é pressuposto inafastável a prévia compreensão dos fundamentos do direito econômico, considerado o ramo jurídico sobre o qual se ergue o direito penal econômico.[172]

1.6.1 O direito econômico

A inter-relação da Economia e do Direito se intensificou a partir do final do século XIX[173] e início do século XX, a ponto de fazer surgir um novo ramo jurídico – o direito econômico. A origem desse novo direito decorre de dois eventos desse período histórico, a saber: a) o surgimento do poder econômico privado (produzido pela concentração capitalista, ou seja, capitalismo de grupo) em condições de rivalizar com o poder estatal; b) as crises do modelo de produção do liberalismo econômico. As circunstâncias desse contexto socioeconômico levaram à convicção de que o Estado deveria disciplinar e conduzir o processo econômico com instrumentos legais mais adaptados a essa nova realidade. Assim, a intervenção estatal na Economia provocou uma profunda alteração no sistema jurídico de então, pois foi necessária a criação de novos institutos jurídicos, dado que os instrumentos normativos clássicos do Direito moderno se mostravam insuficientes e inadequados para enfrentar os novéis problemas do fenômeno econômico.[174]

---

171 BATALHA; RODRIGUES NETTO. *Op. cit.*, 1998, p. 12.

172 AFTALIÓN. *Op. cit*., 1959, p. 17. Nesse sentido, Manoel Pedro Pimentel (**Direito penal econômico**. São Paulo: Editora RT, 1973, p. 6) salienta que: "se pretendemos falar sobre o Direito penal econômico, certamente devemos, em primeiro lugar, abordar a questão relativa à existência de um Direito econômico, do qual a parte penal seria um ramo qualificado". Também nesse sentido e de modo enfático, Martos Nuñez (*op. cit*., 1987, p. 121) aduz que: "é impossível precisar o conceito de Direito penal econômico, e, por fim, a noção de delito econômico, sem esclarecer, previamente, as bases, âmbito e desenvolvimento do ramo jurídico sobre o qual se sustenta: o Direito econômico".

173 Washington Albino de Souza (*op. cit*., 2005, p. 44) informa que no Brasil, já em 1827, encontrava-se a obra de José da Silva Lisbôa – o *Visconde de Cairu* –, intitulada *Leituras de economia política ou direito econômico conforme a Constituição do Império do Brasil*.

174 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 6-10. Sobre a origem do direito econômico, Eros Grau (**Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora RT, 1981, p. 23) destaca que: "não apenas o Direito Econômico surge no momento em que da economia política

Merece destaque o magistério de Gustav Radbruch, que constitui um verdadeiro registro histórico do surgimento do direito econômico, *in verbis*:

> O direito econômico surge quando o legislador não considera mais as relações econômicas no sentido de compensação justa entre os participantes mais próximos, mas sim, prioritariamente, sob o ponto de vista do interesse econômico geral, da produtividade da economia, de sua rentabilidade; quando o Estado não permite o livre jogo das forças na esfera jurídico-privada, mas, pelo contrário, procura dominar suas leis de movimento social através de normas jurídicas, as quais, elas próprias fatos sociológicos, são capazes de intervir efetivamente no movimento sociológico. Direito econômico é o direito da economia organizada.[175]

O ponto culminante, portanto, na instituição do direito econômico foi o período da I Guerra Mundial, que representou, efetivamente, o fim do século XIX e o início da superação do modelo de produção do liberalismo econômico predominante nos países ocidentais.[176] A partir desse momento, os Estados ocidentais abandonaram a postura omissiva própria do liberalismo econômico e passaram a atuar intensamente sobre o processo econômico, por meio de normas jurídicas, para garantir o atendimento das necessidades humanas básicas, uma vez que a Economia de muitos países europeus ficou seriamente abalada em razão da grande guerra. Com efeito, verifica-se que nessa época, em muitos países, o Estado passou a ser produtor, transportador, abastecedor, segurador e a assumir uma série de atividades até então realizadas apenas pela iniciativa privada. Nesse contexto, o Estado passou a dirigir a vida econômica da sociedade.[177]

Posteriormente, a crise econômica mundial durante a década de 1920 e início da de 1930, e outros fatores, como governos de frente popular, contribuíram de forma decisiva para o incremento da intervenção estatal sobre a atividade econômica, em cujo período sobressaem o aumento da nacionalização da produção econômica e a assunção pelo Estado de diversas atividades econômicas.[178]

No Brasil, apesar de as Constituições de 1824 e 1891 terem adotado as diretrizes do liberalismo político e econômico, a Constituição de 1934 foi a primeira a instituir uma constitucionalização da ordem econômica em seu próprio texto, sob nítida influência da

---

passamos à política econômica, mas, sobretudo, que o Direito Econômico é o Direito da política econômica – de uma política que projeta em concreção momentos de uma determinada ideologia econômica".

[175] RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 93/94.

[176] COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, ano 54, vol. 353, março de 1965, p. 15.

[177] SCIORILLI. *Op. cit*., 2004, p. 12.

[178] SCIORILLI. *Op. cit*., 2004, p. 13.

Constituição alemã de 1919, com vistas a orientar a realização das atividades econômicas, inaugurando, assim, a intervenção estatal na Economia. Por sua vez, a Constituição de 1937, que se baseou na Constituição polonesa de 1935, consolidou a intervenção estatal na Economia nacional, uma vez que atribuiu ao Estado a função de suprir a atividade econômica privada para fins de sustentar o próprio sistema econômico pátrio, que se apresentava incipiente nesse momento, dada a ausência de capital e técnicas industriais por parte da iniciativa privada brasileira para contornar os problemas econômicos da época.[179]

Nessa época, algumas inovações jurídicas, tais como a sociedade de economia mista, os órgãos públicos de controle da Economia, o aumento do número de serviços públicos e a atividade empresarial estatal (criação de empresas públicas), contribuíram para delinear e fixar os contornos do nascente direito econômico.[180]

Após a II Guerra Mundial, o Estado ampliou sua interferência sobre a Economia, por meio da formulação de políticas de desenvolvimento econômico e de concessão de crédito, além de assumir a função de agente financeiro (com a criação de bancos públicos) para estimular o desenvolvimento do setor econômico privado.[181]

No Brasil, a Constituição de 1946, que se baseou na Constituição norte-americana de 1787, consolidou a constitucionalização da Economia ao dispor sobre a ordem econômica nacional, mantendo ainda a intervenção estatal na realização das atividades econômicas, mas buscando conciliá-la com a iniciativa privada.[182]

Essa intervenção estatal na Economia, por meio da criação de inúmeras regras legais de toda espécie para concretizar a política econômica, levou a uma mudança radical na forma de encarar o Direito e a aplicação de suas normas, fazendo surgir o direito econômico, que se caracteriza por ser um complexo de normas instrumentais da política econômica.[183]

Sobre essa concepção de direito econômico, Eros Grau assevera que:

> [...] pensar Direito Econômico é pensar o Direito como um nível do todo social – nível da realidade, pois – como mediação especifica e necessária das relações econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o Direito. É compreender que a realidade jurídica não

[179] SILVA. *Op. cit.*, 2003b, p.24-34.
[180] SCIORILLI. *Op. cit*., 2004, p. 13.
[181] SCIORILLI. *Op. cit*., 2004, p. 13.
[182] SILVA. *Op. cit.*, 2003b, p. 34-39.
[183] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 237/238.

> se resume ao Direito formal. É concebê-lo – o Direito Econômico – como um novo método de análise, substancial e crítica, que o transforma não em Direito de síntese, mas em sincretismo metodológico. Tudo isso, contudo, sem que se perca de vista o comprometimento econômico do Direito, o que impõe o estudo da sua utilidade funcional. [...][184]

Assim, para tratar adequadamente o fenômeno econômico sob o prisma legal, o direito econômico foi se firmando no cenário da ciência jurídica mundial, constituindo-se no conjunto de técnicas jurídicas que o Estado passou a empregar para realizar as diretrizes de sua política econômica.[185]

No que se refere ao seu aspecto conceitual, direito econômico é o ramo jurídico destinado a disciplinar o fenômeno econômico, bem como a intervenção do Estado na Economia. Saliente-se, no entanto, o conceito formulado por Affonso Insuela Pereira,[186] que o define como: "complexo de normas que regulam a ação do Estado sobre as estruturas do sistema econômico e as relações entre os agentes da economia". Em outros termos, é o conjunto de normas jurídicas que tem por finalidade disciplinar o exercício da atividade econômica e a proteção das estruturas da ordem econômica.

1.6.2 O direito econômico e o direito penal econômico

A intervenção estatal na Economia se fez por meio de várias formas jurídicas para regulá-la. Essas normas jurídicas de caráter econômico se converteram no direito econômico, que em seu início se desenvolveu sob o amparo do direito penal, haja vista a reforma da Economia ter gerado uma imensidão de normas penais em matéria econômica, constituindo o denominado direito penal econômico.[187]

Assim, o direito penal econômico se caracteriza por seu um grau da intervenção do Estado na Economia, sendo, porém, a forma mais grave de intervencionismo estatal porque estabelece a aplicação do poder-dever de punir em meio à realização da atividade econômica.[188] É nesse contexto que se formou o direito penal econômico.

Entretanto, cada um desses ramos, quando diante do fato da política econômica, trata-o ao seu próprio modo de regular juridicamente as situações.

---

[184] GRAU. *Op. cit.*, 2005, p. 153.
[185] COMPARATO. *Op. cit*., 1965, p. 22.
[186] PEREIRA. *Op. cit*., 1974, p. 60/61.
[187] RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1991, p. 12. TIEDEMANN. Op. cit., 1985, p. 16.
[188] BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Rámon Areces, 2001, p. 13.

A respeito da correlação entre direito econômico e direito penal, Washington Albino de Souza aduz que:

> O Direito Econômico cuida das medidas de política econômica voltadas para a efetivação da ideologia econômica constitucionalmente adotada. Quando as normas legais dessa política econômica são transgredidas, caracteriza-se o 'ilícito econômico' do ponto de vista do Direito Econômico. Então, se a sanção a ser aplicada baseia-se em ato ou fato que corresponda ao 'tipo penal', e também predefinido em termos de Direito Econômico, temos estabelecida a relação entre o Direito Econômico e o Direito Penal. Exemplo: determinada prática econômica, por exemplo, a fusão de empresas no mercado, pode ser considerada 'uso' ou 'abuso' do Poder Econômico. Quem o determina é o Direito Econômico. Entretanto, a mesma pode ter sido efetuada mediante 'fraude', instituto de Direito Penal. Aplicado à prática tipificada pelo Direito Econômico, passará a ser punida pelo Direito Penal, em face da modalidade delituosa penal que assumiu. [189]

Ao direito econômico compete tutelar e efetivar a política econômica adotada constitucionalmente, bem como delimitar os contornos do ilícito econômico e a sanção aplicável segundo suas regras. Todavia, quando o ilícito econômico for realizado por meio de manobras próprias da esfera de incidência do direito penal – *v. g.* a fraude ou o abuso –, apresentam-se as circunstâncias de atuação de setor denominado direito penal econômico.

Nesse sentido, Gilberto Pinheiro Júnior explicita bem a correlação entre direito econômico e direito penal na base de formação do direito penal econômico, confira-se:

> Em síntese, podemos dizer que ao Direito Penal incumbe o sancionamento dos delitos em seu âmbito; ao Direito Econômico incumbe a normatização das medidas de política econômica de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. Quando essas últimas normas são violadas, configura-se o 'ilícito econômico'. Mas, se ao ato ou fato considerado 'ilícito econômico' também for imputada uma sanção penal, pela gravidade da lesão gerada no objeto do Direito Econômico, está estabelecida a conexão entre esta última e o Direito Penal, ao que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico. [190]

Por conseguinte, o direito econômico é considerado o ramo jurídico sobre o qual se ergue o direito penal econômico, tão profundas são suas inter-relações.[191]

Nesse sentido, Manoel Pedro Pimentel salienta que:

---

[189] SOUZA. *Op. cit.*, 2005, p. 66/67.
[190] PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. **Crimes econômicos**: as limitações do direito penal. Campinas: Edicamp, 2003, p. 22/23.
[191] AFTALIÓN. *Op. cit.*, 1959, p. 17.

> se pretendemos falar sobre o Direito penal econômico, certamente devemos, em primeiro lugar, abordar a questão relativa à existência de um Direito econômico, do qual a parte penal seria um ramo qualificado. [192]

Com efeito, o direito econômico e o direito penal relacionam-se proximamente à medida que estabelecem normas que possuem conteúdo econômico, havendo, portanto, conexão entre esses ramos jurídicos quando um mesmo fato econômico exigir a incidência de suas normas, sendo esse comportamento objeto do setor do direito penal denominado direito penal econômico.

As inter-relações do direito econômico e do direito penal formaram o conjunto de normas indicado como direito penal econômico, cujas finalidades são de tutelar a ordem econômica e impedir que o exercício do poder econômico privado seja realizado em detrimento do Estado e contra a própria sociedade. Entende-se assim que o direito penal econômico é uma necessidade das sociedades industriais contemporâneas.[193]

---

[192] PIMENTEL. *Op. cit.*, 1973, p. 6.
[193] PINHEIRO JÚNIOR. *Op. cit*., 2003, p. 50/51.

CAPÍTULO 2

A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares, 2. A problemática da existência do direito penal econômico, 3. Antecedentes legislativos da tutela penal da Economia, 4. Formação do direito penal econômico contemporâneo no direito comparado e no direito brasileiro, 4.1. Os fatores de formação do direito penal econômico, 4.2. A formação do direito penal econômico na Alemanha, 4.3. A formação do direito penal econômico no Brasil, 5. Direito penal econômico e sistemas econômicos, 5.1. Direito penal econômico e sistema econômico socialista, 5.2. Direito penal e sistema econômico capitalista, 5.3. Direito penal econômico e sistema econômico brasileiro.

Em quase todas as culturas antigas o Direito se ocupou dos chamados delitos econômicos.[194]

Manoel Pedro Pimentel

A história do direito penal económico começa na 1ª Grande Guerra.[195]

Jorge de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade

Durante muito tempo, o direito penal econômico tem sido tido por numerosos juristas como um tipo de subúrbio imprestável do Direito Penal, imprecisamente situado nas fronteiras deste com o Direito Administrativo. [196]

Enrique Aftalión

2.1. Considerações preliminares

O direito penal econômico resulta da intervenção penal na atividade econômica iniciada no início do século XX – mormente a partir dos anos da I Guerra Mundial –, sendo suas normas produto da atuação do Estado na reforma dos sistemas econômicos abalados pelo conflito mundial e constituem a forma mais grave de intervenção estatal na Economia. Por outro lado, a exemplo do direito econômico, que tem sua mesma origem e foi qualificado de vergonhoso por contradizer o principio 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.[197] Isso porque seu nascimento se

[194] PIMENTEL. 1973, p. 11.
[195] DIAS; ANDRADE. 1998, p. 323.
[196] AFTALIÓN. 1959, p. 15.
[197] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 12.

caracteriza, em todas as partes do mundo, por suas deficiências técnicas, por suas transgressões aos princípios fundamentais do direito penal clássico, por seus excessos e discricionariedades, levando-se ainda em consideração que sua formulação decorre da necessidade de fazer frente, com urgência, a situações e problemas novos trazidos pelas circunstâncias de guerra, cujo tratamento jurídico-penal não se podia postergar.[198]

A configuração do direito penal econômico foi objeto de acerbas críticas, cujas objeções destacavam que se criminalizavam comportamentos que somente eram reputados como ilícitos em razão do quadro social e econômico emergencial. Objetava-se, ainda, que a distinção entre um ato de comércio permitido e uma infração punível era a época de crise que se vivia.[199] Segundo Esteban Righi,[200] isso "foi o motivo de que precisamente na legislação penal econômica se tenha recorrido de forma mais reiterada à prática de reprimir condutas lesivas aos interesses sociais tutelados não só mediante a tipificação penal, senão também e inclusive em maior medida com as chamadas infrações à ordem".

A respeito do início do direito penal econômico, é oportuno trazer a lume as observações de Enrique Aftalión, *in verbis*:

> Durante muito tempo, o direito penal econômico tem sido tido 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 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.[201]

Não obstante 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.[202]

---

[198] AFTALIÓN. *Op. cit.*, 1959, p. 23/24.
[199] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 12.
[200] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 12.
[201] AFTALIÓN. *Op. cit.*, 1959, p. 15.
[202] AFTALIÓN. *Op. cit*., 1959, p. 15.

O estudo do direito penal econômico de modo sistemático e consistente teve seu início em dois eventos jurídicos que lhe dedicaram especial atenção para fins de se estabelecer suas bases teóricas, a saber: o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP (Roma, 1953) e o V Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado (Bruxelas, 1956).[203] Entrementes, foi apenas no XIII Congresso da AIDP (Cario, 1984) que se firmaram as bases teóricas para o desenvolvimento dos estudos e da legislação penal econômica, no qual se formularam 19 recomendações que constituem a síntese do conteúdo do direito penal até então. A partir desses eventos o interesse sobre o direito penal econômico disseminou-se mundo afora, levando vários países a incrementar suas legislações penais referentes aos crimes econômicos. Desta feita, no Brasil o IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais promoveu o Seminário Internacional de Direito Penal Econômico (São Paulo, 1995), organizando ainda um número especial de seu periódico – a Revista Brasileira de Ciências Criminais, edição nº. 11, sobre o tema do encontro.[204]

Salienta-se que o estudo e a importância do direito penal econômico ressurgiram a partir da década de 1970 em razão das duas crises petrolíferas (1973 e 1979) que afetaram a economia mundial, intensificando-se o interesse no final do século XX com a implementação da globalização econômica, a qual resulta em um incremento nas trocas comerciais em escala mundial e no fortalecimento das grandes empresas, bem como no crescimento da criminalidade econômica.[205]

Neste capítulo apresentam-se os antecedentes legislativos da intervenção penal na Economia e o contexto histórico e econômico no qual se formou o conjunto de normas denominado direito penal econômico. Ao final, faz-se uma exposição sobre as relações entre esse setor do direito penal e os dois sistemas econômicos mais destacados, o socialista e o capitalista, para fins de se inferir as finalidades do direito penal econômico brasileiro.

---

[203] AFTALIÓN. *Op. cit*., 1959, p. 15.

[204] KALACHE, Mauricio. Direito penal econômico. *In* PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 392.

[205] CORACINI, Celso Eduardo Faria. Conceito e contexto para o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**. Ano 93, vol. 829, p.429-449, São Paulo: Editora RT, Nov./2004, p. 430/431.

2.2. A problemática a respeito da existência do direito penal econômico

Impende salientar que já se chegou a negar a existência de um conjunto de normas que pudessem ser agrupadas sob a denominação de direito penal econômico. Esse entendimento negativista de sua existência baseia-se nos seguintes argumentos: 1º) ausência de um bem jurídico econômico suscetível de tutela penal, logo a noção de delito econômico seria falsa por não ser construída sobre a noção de bem jurídico; 2º) existe apenas um direito penal, integral e que não admite divisões; 3º) o direito penal econômico consiste num conjunto de normas penais extravagantes, o que contradiz o significado cultural do processo de codificação do Direito como meio de garantia jurídica, dirigindo-se assim para um restabelecimento de um sistema legal estatutário.[206]

No que tange ao primeiro argumento, Enrique Aftalión[207] assevera que o delito econômico – como também os demais crimes – está centrado em torno de algum bem jurídico que o legislador aspira a tutelar, devendo-se inferir qual o bem jurídico que, em cada texto legal, o legislador pretende proteger quando configura e sanciona o delito econômico.

Por outro lado, constata-se que esse primeiro argumento negativista vincula-se à concepção de um "Estado gendarme", que é própria do liberalismo político e econômico, na qual não cabe ao Estado intervir na Economia e a tutela penal limita-se a proteger os direitos fundamentais do cidadão enquanto bens jurídicos individuais. Sob esse prisma, efetivamente, não há espaço para a existência de um direito penal econômico. No entanto, a superação dos dogmas do liberalismo econômico e da noção de "Estado gendarme" fez surgir a ideia de se reconhecer interesses e estados sociais que – como a ordem econômica – merecem proteção penal por parte do Estado. Assim, admitindo-se que o Estado pode intervir na Economia em função dos interesses da sociedade, torna-se factível reconhecer o bem jurídico objeto de proteção por meio da configuração dos delitos econômicos,[208] verificando-se, pois, a inconsistência do primeiro argumento de negação da existência do direito penal econômico.

Em relação ao segundo argumento negativista, Enrique Aftalión[209] aduz que é correto afirmar-se que há apenas um direito penal, que não admite divisões, embora a ordem jurídica penal admita a existência de ramos, não obstante carentes de autonomia, que consistem em

---

[206] AFTALIÓN, Enrique. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. **Revista de Ciencias Penales**, nº 2, Tomo XXV, p. 79-91, Santiago do Chile: Instituto de Ciencias Criminales, maio/agosto de 1966, p. 83. RIGHI. Op. cit., 1991, p. 289-293.
[207] AFTALION. *Op. cit.*, 1966, p. 84/85.
[208] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 290.
[209] AFTALION. *Op. cit.*, 1966, p. 83.

especializações ou setores do próprio direito penal, porém com características próprias, as quais seriam consequência da diversidade de bens jurídicos tutelados. Nesse sentido, Esteban Righi[210] salienta que: "A existência de distintos bens protegidos pelo direito penal não permite reconhecer setores ou especialidades com características próprias, como o demonstram os códigos, já que contêm uma série de princípios na parte geral que são comuns a todos os tipos da parte especial, qualquer que seja o bem jurídico tutelado. Em outras palavras: da diversidade de bens jurídicos não se deduzem princípios penais diferentes". Destarte, a divisão do direito penal consiste, na verdade, numa especialização de normas penais em decorrência da natureza do bem jurídico tutelado pelo direito penal econômico.

A respeito do último argumento, entende-se que há razões para que os econômicos sejam tratados à margem dos códigos penais.

No que concerne a essas razões, Esteban Righi aduz que:

> [...] em alguns casos, como as normas de controle de câmbios e de preços, a explicação está dada pela transitoriedade dos ordenamentos que as prevêem, o que justifica a prudente decisão de não reformar os códigos penais, cujos conteúdos ficam assim preservados em sua estabilidade. Noutras hipóteses, se têm sancionado ordenamentos que contêm conjuntamente delitos e infrações à ordem, porque sendo estas últimas alheias ao direito penal criminal, nunca poderiam ser incluídas no código. O conveniente é que a matéria penal-administrativa, tenha ou não conteúdo econômico, não seja incluída na codificação penal. [211]

Na doutrina brasileira, Novazzi Pinto apresenta bem as razões para a tipificação dos delitos econômicos fora da esfera do Código Penal brasileiro, nestes termos:

> Os ilícitos econômicos são tipificados, de regra, em leis apartadas do Código Penal (legislação especial) em razão da perene e rápida mobilidade do Direito Penal Econômico que, inclusive, obriga o legislador ao trabalho nem sempre minucioso e criterioso. A rapidez no atendimento às necessidades coletivas e às mudanças no comportamento social faz com que se forme um emaranhado de leis especiais que, não raro, contrariam princípios de direito, contaminadas que estão pela inconsistência e por contradições ditadas pela má técnica legislativa [...].[212]

Não obstante, cabe mencionar que em diversos países busca-se incluir os delitos econômicos em seus códigos penais, a exemplo da Espanha, que inclui em seu código penal

---

[210] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 291.
[211] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 291/292.
[212] PINTO. Tabajara Novazzi. **Direito penal econômico: erros técnicos na legislação vigente**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 40.

de 1995 um título tratando dos delitos contra a ordem econômica. No Brasil os Anteprojetos (1984/1987 e 1992/1994) de reforma da parte especial do código penal traziam um Titulo XII dispondo sobre os crimes contra a ordem econômica, contudo o Anteprojeto de reforma de 1998 deixou a cargo da legislação extravagante o regramento da matéria penal econômica.[213]

Aduz-se que há também leis que regulam instrumentos de intervenção na Economia, nas quais foram inseridos tipos penais para protegê-los, sendo considerada uma técnica adequada quando conduz a uma melhor compreensão do sentido da proibição em matéria econômica. Por outro lado, tais razões não impedem que se insira no código a matéria penal econômica, sendo até desejável a sua codificação, uma vez que o efeito preventivo geral da pena é maior em normas codificadas.[214]

Em face dessas considerações, descabe sustentar a inexistência do direito penal econômico, pois não se pode negar a existência de delitos econômicos na seara da defesa da concorrência, como costuma haver nos países de economia de mercado.[215] Por outro lado, não há dúvidas quanto a sua existência no Brasil, haja vista as diversas leis penais editadas – a partir da década de 1930 – para reprimir a prática de condutas que afetam a economia nacional.

---

[213] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, nº 25, p. 142-156, São Paulo: Editora RT, jan./mar. de 1999, p. 151.
[214] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 292.
[215] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 290.

2.3. Antecedentes legislativos da tutela penal da Economia

Para que se possa compreender o contexto atual da dogmática penal-econômica é oportuna a análise de seus antecedentes históricos, pois, como bem salienta Ricardo de Brito Freitas,[216] a abordagem histórica do direito penal é necessária à compreensão do sentido e fundamentos dos institutos penais.

Eis a lição do padre Antonio Vieira, *in verbis*:

> Se quereis ver o futuro, lede as histórias, e olhai para o passado: se quereis ver o passado, lede as profecias, e olhai para o futuro. E quem quiser ver o presente, para onde há-de olhar? Não o disse Salomão, mas eu o direi. Digo que olhe juntamente para um e para outro espelho. Olhai para o passado e para o futuro, e vereis o presente. A razão ou a conseqüência é manifesta. Se no passado se vê o futuro, e no futuro se vê o passado, segue-se que no passado e no futuro se vê o presente, porque o presente é o futuro do passado e o mesmo presente é o passado do futuro.[217]

Em que pese o direito penal econômico ter sua configuração dogmática a partir do início do século XX, faz-se necessária uma abordagem dos antecedentes legislativos da tutela penal da Economia para que se possa vislumbrar o contexto legal anterior ao surgimento deste setor da ordem jurídico-penal. Isso porque o estudo da evolução histórica penal-econômica permite uma percepção da relatividade e da força de alguns dos seus traços mais característicos, uma vez que o direito penal indica que valores fundamentais foram protegidos em cada contexto histórico e o correspondente modelo de organização social.[218]

Por sua vez, Taipa de Carvalho[219] pontifica que a análise da evolução das instituições jurídico-penais tem uma dupla importância: a) político-social; b) jurídico-criminal. A primeira permite inferir o relacionamento entre o poder político e a sociedade a ele sujeita, bem como constitui o melhor indicador dos valores sociais predominantes em cada época histórica, pois "é na configuração do direito penal de cada época que podemos descobrir quais os seus valores estruturantes, qual a sua estratificação social, como se exerce o poder político, etc."[220] A importância jurídico-penal significa que é na evolução histórica do direito penal que se

---

[216] FREITAS. *Op. cit*., 2001, p. 1/4.

[217] VIEIRA, Padre Antonio. Sermão da quarta-feira de cinzas de 1672 em Roma. **Sermões.** Vol. 1. Porto: Lello e Irmãos Editores, 1993, p. 592.

[218] Nesse sentido: COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal: *fragmenta iuris poenalis.* Introdução.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 145.

[219] CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Direito penal: questões fundamentais**. Parte geral. Porto: Publicações Universidade Católica, 2006, p. 27.

[220] CARVALHO. *Op. cit*., 2006, p. 27.

pode aferir sua historicidade e relatividade, porquanto é na sua historicidade que se comprova que o direito penal é a expressão das condições econômicas, sociais, culturais, religiosas e políticas que caracterizam cada contexto histórico.[221]

Com efeito, Cezar Bitencourt preleciona que:

> É inquestionável a importância dos estudos da história do Direito Penal, permitindo e facilitando um melhor conhecimento do Direito vigente. A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do Direito facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos. [222]

Em face dessas considerações, pode-se afirmar que a análise da evolução histórica do direito penal é uma relevante ferramenta para a compreensão da dogmática penal e política criminal desenvolvidas no contexto contemporâneo.[223]

Apesar de a normatização típica de condutas próprias de um direito penal econômico ter surgido apenas com a intervenção estatal na Economia no final do século XIX e início do século XX, constata-se que a intervenção penal na realização de atividades econômicas existe desde que o ser humano passou a viver em sociedade, pois sabe-se que em quase todas as civilizações da Antiguidade o Direito se ocupou dos denominados delitos econômicos. Outrossim, a tutela penal da atividade econômica apresenta maior ou menor grau de formalidade conforme o período histórico e os valores socioeconômicos de cada povo nesse determinado momento temporal.[224]

Diante disso, cumpre referir que 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 momento histórico determinado.[225]

---

[221] CARVALHO. *Op. cit*., 2006, p. 27.

[222] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral, vol. 1, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 28.

[223] COSTA. *Op. cit*., 2007, p. 145.

[224] ROYSEN. *Op. cit*., 2003, p. 192/193.

[225] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit.*, 1987, p. 111. Destarte, Martos Nuñez (*op. cit*, 1987, p. 111) informa que "o antigo direito castigou já aos açambarcadores que aumentavam mediante maquinações o preço dos artigos de primeira necessidade. O espírito popular atribuía a estes açambarcadores a maior partes das crises econômicas e os fazia responsáveis pela carestia e fome, assim como de todo um conjunto de regras

Sendo assim, a análise dos antecedentes legislativos da intervenção penal na Economia nos diferentes estágios históricos do mundo ocidental permite uma melhor compreensão dos princípios e orientações da dogmática do direito penal econômico contemporâneo.

a) Antiguidade Greco-romana

A cultura greco-romana é o principal fator na formação da civilização ocidental e de seus sistemas jurídicos contemporâneos, uma vez que constitui a sociedade antiga mais representativa da antiguidade humana em razão de seu grau de evolução e de sua contribuição em diversas áreas do conhecimento humano.

O direito greco-romano forneceu relevante contribuição à laicização e desenvolvimento do direito penal, uma vez que se formulou primeiramente alguns dos institutos penais ainda adotados na ordem jurídico-penal contemporânea.[226] Entretanto, é forçoso reconhecer que o direito penal romano, que se baseou no direito penal grego, não foi objeto de uma elaboração científica nem se apresenta sob a forma de um conjunto normativo unitário.[227]

Os gregos, conquanto não apresentassem predileção pelo fenômeno jurídico, também analisaram os atos delituosos sob um prisma ético-político, considerando-os como um fato imoral e dirigido contra o Estado, a exigir uma pena como meio moralizador para o delinqüente e necessária à ordem estatal.[228] No que tange à tutela penal econômica, 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. Por sua vez, verifica-se que Aristóteles[229] registra em sua obra intitulada *Política*, a existência do crime de açambarcamento, na qual relata que o (famoso) 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

---

imperativas (proibição de importação ou de exportação, obrigação para os produtores ou possuidores de cereais de levá-los ao mercado e de vendê-los num prazo determinado)".

[226] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, São Paulo: Editora RT, 1997, p. 186.

[227] MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Tomo II, Madrid: La España Moderna Editorial, 1898, p. 15.

[228] THÓT, Ladislau. **A evolução histórica da sciência de direito penal**. Lisboa: Tip. Cadeia Nacional, 1931, p. 9.

[229] ARISTÓTELES. *Op. cit*., 1997, p. 30.

aproveitamento das azeitonas em Mileto e Chio, alugando-o a preços exorbitantes no momento da colheita.[230]

O direito penal romano, após sua configuração normativa na Lei das XII Tábuas,[231] tem seu núcleo no conjunto de leis publicadas ao fim da República (80 a. C.),[232] entre as quais as *Leges Corneliae e Juliae* estabeleceram uma verdadeira tipologia dos comportamentos que deveriam ser considerados crimes. A *Lex Juliae*, por sua vez, preconizava, fundamentalmente, os crimes contra o Estado, praticados por particulares ou por funcionários públicos.[233]

O direito penal romano foi mais interessado em coibir os crimes praticados no exercício das atividades econômicas,[234] chegando a punir como crimes contra o Estado a prática de usura de dinheiro (agiotagem), usura no comércio de grãos e o abuso de direitos industriais e mercantis. Salienta-se que em razão da abusividade das condições que o agiota impunha ao devedor o legislador romano tratou da matéria primeiramente na Lei das XII Tábuas e depois em outras disposições legais, inicialmente estipulando as condições máximas e posteriormente proibindo a prática da agiotagem. A *Lex Juliae de Annona*, provavelmente editada por Julio César, punia severamente a especulação de preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais. Cabe informar que 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, punindo com a pena de morte as infrações a essas regras e aquelas praticadas nas transações com o império persa. [235]

---

[230] LYRA, Roberto. **Dos crimes contra a economia: doutrina, legislação e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1940, p. 119/120; OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a economia popular e o júri tradicional**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1952, p. 29.

[231] Segundo Jayme de Altavila (**Origem do direito dos povos**. São Paulo: Icone Editora, 1997, p. 83/84), a Lei das XII Tábuas, editada em torno do ano 300 a. C., foi baseada na reforma do direito grego realizada por Sólon. Mário Giordani (**Direito penal romano**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 5) pontifica que o direito penal ocupa um grande espaço na Lei das XII Tábuas.

[232] Nesse sentido, Franz von Liszt (**Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Campinas: Russell Editores, 2003a, p. 82) destaca que: "em geral, as *leges Cornelioe* e as *leges Julioe* continuam a ser a firme base, sobre que a ciência clássica desenvolveu as suas construções, completando e afeiçoando o direito vigente".

[233] BITENCOURT. Op. cit., 2008, p.31. Artemio Zanon (**Introdução à ciência do direito penal**. Florianopólis: OAB/SC Editora, 2000, p. 109) destaca que o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano é o repositório do direito penal romano, tratando do erro, da culpa, do dolo, da legitima defesa, imputabilidade etc.

[234] OLIVEIRA. *Op. cit*., 1952, p. 29/30.

[235] MOMMSEN. *Op. cit*., 1898, p. 302-306. DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 324. LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 120/121. GIORDANI. *Op. cit*., 1987, p. 73.

Assim, verifica-se que na Antiguidade greco-romana já se encontrava a tutela penal da atividade econômica, pois na Grécia punia-se severamente o monopólio e a exploração abusiva das necessidades da população, enquanto em Roma havia punições severíssimas às infrações referentes a preços abusivos, especulação e ilícitos na importação e exportação de produtos dentro das fronteiras do Império.[236]

b) Idade Medieval

Durante a Idade Média, iniciada após o fim do Império Romano em 476 d. C., também se utilizou o direito penal para intervir na realização da atividade econômica.[237]

No Medievo a Igreja Católica, expandida em domínios e poder, impôs suas normas a fatos considerados delituosos praticados tanto por seus membros (eclesiáticos) como profanos (não religiosos). Inicialmente, atos de natureza espiritual, e depois considerados mistos (concomitantemente espiritual e secular). Desta feita, o direito penal canônico adquiriu tal importância que suas decisões eclesiásticas eram executadas por tribunais seculares. O direito canônico tem no *Corpus iuris canonici*, editado no século XIV, a sua cristalização legislativa.[238] Nilo Batista[239] ensina que o *Corpus iuris canonici* foi composto das seguintes coleções: 1. *Decretum Gratiani* (c. 1140); 2. Decretais de Gregório IX ou *Liber extra* (1234); 3. *Liber sextus* (1298); 4. *Constituciones clementinae* (1317); 5. Extravagantes de João XXII (1325); 6. Extravagantes comuns (1484). A primeira versão impressa oficial é de 1582, conquanto houvesse impressões privadas desde o início do século XVI. Esse diploma legal canônico, com algumas alterações necessárias, vigorou até o início do século XX, quando foi substituído em 1917 pelo *Codex iuris canonici* editado por Pio X.

---

[236] Manoel Pedro Pimentel (*op. cit*., 1973, p. 11/12) informa que o direito germânico antigo não apresentou exemplos de incriminação em matéria econômica porque os povos nórdicos se ocuparam mais com a agricultura que com o comércio ou a indústria.

[237] Sobre o direito penal medieval, Ricardo de Brito Freitas (*op. cit*., 2001, p. 10) destaca que: "[...] Na Idade Média, apesar do direito penal não ter sido perfeitamente bem individualizado, mesclando-se as suas prescrições com os demais ramos do direito, pode-se constatar que nela surgem os primeiros textos legais exclusivamente penais e os primeiros penalistas. [...]"

[238] ZANON. *Op. cit.*, 2000, p. 109. Sobre o direito penal canônico, Artemio Zanon (*op. cit.*, 2000, p. 109/110) ainda menciona que: "radicado no Direito Romano e no Direito Germânico, o Direito Penal da Igreja recebeu influência decisiva do cristianismo: humanizou-se largamente o sentido da pena: o ser humano passou a ser tratado como igual ao seu igual; o crime era visto sob o aspecto subjetivo e da responsabilidade penal, banindo-se as ordálias e o duelo judiciário. A pena, além de caráter expiatório, era vista e tida como meio regenerador e purgação da culpa, e, paradoxalmente, houve os excessos da Inquisição".

[239] BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 193.

No que tange à atividade econômica, verifica-se que o direito canônico condenava a prática da usura, pois considerava a cobrança de juros uma taxação do tempo, que é sagrado e se encontra fora da disponibilidade humana. [240]

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. Nesse sentido, Muñoz Conde[241] aduz que na Idade Média se previam medidas punitivas para os que infringiam as normas sobre a qualidade ou preço dos produtos nos mercados.

Ricardo de Brito Freitas[242] menciona que na França medieval o principal texto legal foram as *ordennances* de Filipe IV, que proibia 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.

Assim, percebe-se que o direito secular medieval também se ocupou de reprimir penalmente ilícitos contra as novas atividades econômicas, incriminando as fraudes comercial e industrial, compreendidas em uma grande categoria dos crimes de falso.[243]

c) Idade Moderna

Ao fim 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.

---

[240] BATISTA. *Op. cit*., 2002, p. 221. Nilo Batista (*op. cit.*, 2002, p. 221/225) informa ainda que desde o século IV inúmeros concílios editaram cânones criminalizando a usura, chegando-se até a considerar-se o usurário como um *ladrão de tempo*, pois vendia algo que não lhe pertencia, e sim ao próprio Deus, i. é, o transcurso dos meses e dos anos.

[241] MUÑOZ CONDE, Francisco. La ideología de los delitos contra el orden sócio-económico en el proyeto de ley orgánica de código penal. **Cuardenos de Política Criminal**. nº 16, p. 107-133, Madrid: Instituto de Criminologia da Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 115.

[242] FREITAS. *Op. cit*., 2001, p. 10/14.

[243] ROYSEN. *Op. cit*., 2003, p. 192/193.

Nos séculos anteriores ao século XVIII, em matéria penal econômica incriminava-se severamente a falsificação de moeda, porquanto instrumento fundamental para a formação e unificação dos nascentes Estados modernos. Havia também severas punições para evitar o monopólio, as especulações abusivas sobre mercadorias e gêneros alimentícios e o açambarcamento de mercadorias e meios de transportes.[244]

Esteban Righi[245] entende que o primeiro antecedente do direito penal econômico se encontra no 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 no século XIX. Assim, considerou-se ilícita toda prática monopolista entre duas ou mais pessoas com o propósito de prejudicar a terceiros.

Há registros de que na França, em 1448, o rei Carlos VII determinou a abertura de inquérito criminal para investigar ilícitos de sonegação fiscal. Posteriormente, em 1481, o rei Luis XI, para reprimir abuso de poder econômico e estocagem de alimentos com objetivo de forçar uma alta de preços, decretou a obrigação dos produtores de cereais de oferecer a sua produção ao mercado e fazê-la circular livremente pelo reino francês, para impedir a formação de estoques especulativos de produtos alimentícios.[246]

Ainda na França, em 1689, um edito estabeleceu a punição para a prática de monopólio e a de provocar a alta de preço de certas mercadorias. Há quem considere, todavia, uma Ordenança de 7 de agosto de 1785 como a primeira a reprimir o monopólio.[247]

Durante os anos da Revolução Francesa, foi editado em 1793 um Decreto da Convenção punindo com a pena de morte os especulares e açambarcadores, aplicando-se também a todos que subtraíssem à circulação comercial mercadorias e gêneros de primeira necessidade.[248]

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

---

[244] ROYSEN. *Op. cit*., 2003, p.193. LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 121/122.
[245] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 62.
[246] GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito penal econômico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p.165.
[247] LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 121/122; OLIVEIRA. *Op. cit*., 1952, p. 30.
[248] LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 122.

retrocedeu por influência das ideias do liberalismo político e econômico predominantes nesse período.[249]

No entanto, cumpre destacar que mesmo na época do liberalismo econômico, em que pese sua premissa de não intervenção estatal na Economia, criminalizava-se a especulação comercial, sendo exemplo o Código Penal francês de 1810,[250] o Código Penal belga de 1867 e o Código Penal italiano[251] de 1899.[252]

Ainda nesse ínterim, no Canadá e nos Estados Unidos da América surgiram as legislações antitruste, sendo o americano *Sherman Act* (1890) sua principal expressão até os dias de hoje. Na mesma época, o Código Penal brasileiro de 1830 e o de 1890 previam algumas incriminações de conteúdo econômico, mas não propriamente contra a atividade econômica em sentido estrito, tais como: falsificação de moeda, bancarrota, estelionato, falência e outros crimes contra a propriedade imaterial.[253]

d) As Ordenações portuguesas e os códigos penais do Brasil do século XIX

As Ordenações portuguesas constituem, em grande parte, uma compilação das legislações existentes em Portugal até então, sendo considerada a primeira e mais importante codificação realizada após a Idade Média.[254] Nesse sentido, Artemio Zanon[255] destaca que: "são tidas, as Ordenações Afonsinas, como primeiro código de legislação depois da Idade Média e sua influência é assentada no Direito Romano-canônico. No Livro V – o Direito e o Processo penais visam 'conter os homens por meio do terror e do sangue'".

As Ordenações portuguesas são três: Ordenações Afonsinas (1446 a 1520), Ordenações Manuelinas (1521 a 1603) e as Ordenações Filipinas (1603 a 1830 – no Brasil, pois após a independência brasileira uma lei de 27 de setembro de 1823 revigorou o Livro V dessas Ordenações, sendo revogadas definitivamente apenas pelo Código Criminal do Império de 1830).

---

249 MUÑOZ CONDE. *Op. cit*., 1982, p. 115.

250 Elias de Oliveira (*op. cit*., 1952, p. 30/31) informa que os arts. 419 e 420 do Código Penal francês de 1810 puniam o açambarcamento e a especulação em geral, sendo seguido pela legislação posterior até 1919.

251 Elias de Oliveira (*op. cit*., 1952, p. 31/32) aduz que antes da unificação da Itália os códigos penais das várias regiões italianas (p. ex., Toscana, Lombardia etc.) eram omissos sobre os crimes econômicos. Porém, o Código da Sardenha de 1859, com alteração em 1865, previa os crimes econômicos nos arts. 390, 399 e 489, reproduzindo quase literalmente o art. 419 do Código Francês de 1810, que incriminava o açambarcamento.

252 DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 324.

253 ROYSEN. *Op. cit*., 2003, p. 193.

254 THOMPSON, Augusto. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1976, p. 70.

255 ZANON. *Op. cit*., 2000, p. 208.

Não obstante o Brasil tenha sido descoberto em 1500, quando vigentes as Ordenações Afonsinas, apenas em 1532 iniciou-se efetivamente o movimento de colonização das novas terras e a organização civil e econômica da colônia que se transformará na sociedade brasileira, predominando a produção agrícola com o uso de escravos. Nesse ínterim, já vigoravam (desde 1521) as Ordenações Manuelinas.[256]

Durante a vigência das Ordenações Manuelinas o Brasil colônia foi dividido em 14 capitanias hereditárias (entre 1534 e 1536) e entregues a 12 donatários, a quem foram delegados poderes quase absolutos como representantes da Coroa portuguesa, entre os quais o de fazer cumprir a lei e o exercício da função de magistrado supremo.[257] Aos donatários cabia o exercício e aplicação de toda a jurisdição em sua capitania, pois as Cartas de Doação[258] estabeleciam que: "No crime, o capitão e seu ouvidor têm jurisdição conjunta com a alçada até pena de morte inclusive, em escravos, gentios, peões e cristãos e homens livres, em todo e qualquer caso, assim para absolver como para condenar, sem apelação nem agravo". E acrescentavam: "Nas terras da capitania não entrarão em tempo algum nem corregedor, nem alçada, nem alguma outra espécie de justiça para exercitar jurisdição de qualquer modo em nome d'el-rei". Verifica-se, portanto, que as Ordenações Manuelinas não constituíam a fonte do Direito aplicável nas terras brasileiras, uma vez que as regras e as jurisdições cível e criminal eram impostas pelo donatário e seu ouvidor, que detinham um poder de administrar e julgar limitado apenas por seu próprio arbítrio individual.[259]

Em face desse contexto jurídico e político não havia como se cogitar da aplicação de um Direito baseado na justiça econômica e social. A situação somente se alterou no início do século XVII, quando a colônia brasileira já se encontrava sob a autoridade do sistema de governos gerais e sob a vigência das Ordenações Filipinas, que puniam severamente

---

256 Aníbal Bruno (**Direito penal**. Parte geral, Tomo I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 97), ao comentar o início da atividade jurídica nas terras brasileiras, destaca que: "Colônia de Portugal nos primeiros tempos, é com as leis e costumes da metrópole que o Brasil inicia a sua história jurídica. Com as leis e costumes que a sociedade que transportou já formada para a colônia trazia consigo, juntamente com os outros elementos de uma vida social e politicamente organizada. Com as leis severas de Portugal, extravagantes, sob mais de um aspecto, como podem parecer-nos hoje, mas que exprimiam o velho Direito das nações da Europa naquela época. Nessa legislação é que vem apoiar-se a ordem jurídica, política e econômica dos centros de colonização que primeiro aqui se formaram como núcleos estáveis de vida civilizada, para dar começo à historia da nossa cultura".

257 ZAFFARONI; PIERANGELI. *Op. cit*., 1997, p. 210.

258 BRUNO. *Op. cit*., 2003, p. 99. A respeito da aplicação do Direito na época das capitanias hereditárias no Brasil, Cezar Bitencourt (*op. cit*., 2008, p. 45) destaca que: "pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes".

259 THOMPSON. *Op. cit*., 1976, p. 76.

(geralmente, com pena de morte) as atividades que prejudicassem os interesses fazendários da metrópole portuguesa, no que se refere aos produtos da agricultura, da pecuária e da extração mineral (ouro e prata).[260] Augusto Thompson[261] salienta que apenas as Ordenações Filipinas tiveram efetiva aplicação no Brasil, principalmente a partir da criação da Relação da Bahia, ao tempo de Felipe II, em 7/3/1609, quando se organizou, efetivamente, a administração da Justiça na colônia brasileira.

As Ordenações Filipinas traziam vários títulos que estatuíam a defesa da política e da ordem econômicas da Coroa portuguesa, uma vez que diversos crimes apresentavam caráter nitidamente econômico, tais como a falsificação de moedas, a raspagem de metal, a burla (ocultação de bens destinados à quitação dos débitos), o delito de violação do monopólio de navegação e comércio, no qual punia-se a navegação em lugares em que os lusitanos tivessem chegado primeiro, os atos de comércio com essas localidades e a pesca nos mares que as banhavam. Durante o período de autoridade do Marquês de Pombal intensificou-se a intervenção penal sobre a atividade econômica no reino português, configurando-se como verdadeiro esteio do poder majestático. A legislação pombalina empregava a tutela penal como meio de reforçar o poder régio e controlar a vida econômica, em meados do século XVIII.[262]

Assim, as Ordenações Filipinas estabeleciam como crime a conduta "dos que falsificam mercadorias" (Título LVII), ou "dos que medem, ou pesão com medidas e pezos falsos" (Título LVIII), ou "dos que molhão, ou lanção terra no pão, que trazem ou vendem" (Título LIX), ou "dos mercadores que quebrão e dos que se levantão com fazenda alhêa" (Título LXVI), ou "dos officiaes Del-Rey, que lhe furtão, ou deixão perder sua Fazenda por malicia" (Título LXXIV), ou "dos que comprão pão para revender" (Título LXXVI), ou "dos que comprão vinho, ou azeite para revender" (Título LXXVII), ou "dos que comprão colmêas para matar as abelhas e dos que matão bestas" (Título LXXVIII). Há ainda outros dispositivos que incriminavam a evasão de mercadorias para outros países, tais como "ouro, trigo, cevada, milho, pão, couros, náos e gado" (Títulos CXII, CXIII, CXIV e CXV).[263]

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1830, quando foram revogadas pelo Código Criminal do Império desse mesmo ano, uma vez que uma Lei de 27 de setembro de

---

260 DOTTI. *Op. cit*., 1982, p. 132.

261 THOMPSON. *Op. cit*., 1976, p. 100.

262 DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito penal econômico**: a pessoa coletiva como agente **de crimes e sujeito de penas**. Curitiba: Ed. Juruá, 2006, p. 66/67.

263 PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 132/177.

1823 revigorou seu Livro V, e outra lei de 20 de outubro também de 1823 restabeleceu a aplicação de suas cruéis penas.[264]

Em razão do substrato liberal do Estado brasileiro, que se orientava pelos princípios do liberalismo econômico desde que era colônia portuguesa, o Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal da República (1890) não traziam nenhuma previsão legal incriminando o abuso do poder econômico.[265] Não obstante, cumpre mencionar que esses estatutos criminais previam algumas incriminações de conteúdo econômico, embora não fossem delitos propriamente contra a atividade econômica em sentido estrito, tais como: falsificação de moeda, bancarrota, contrabando, falência (semelhante à bancarrota), crimes de abuso de confiança e atividade fraudulenta, além de crimes contra a propriedade imaterial.[266] O Código Penal de 1890, em seu art. 340, §3º, punia também os administradores que, por meio de qualquer artifício, promovessem falsas cotações de ações e a agiotagem habitual praticada por pessoas que exerciam funções públicas.[267]

Ao Código Penal de 1890 seguiram-se os seguintes diplomas legais que incriminam condutas de conteúdo econômico, mas não configuram crime econômico propriamente:[268] a) Decreto 452/1897, que proibia a importação e fabricação de rótulos que se prestassem à falsificação de bebidas e quaisquer outros produtos nacionais, com o fim de venda, como se fossem estrangeiros; b) Lei 496/1898, dispondo sobre direitos autorais; c) Lei 515/1898, dispondo sobre o julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, selos adesivos, vales-postais e outros qualificados no código penal.

Em face dessa configuração político-econômica do Estado brasileiro suas primeiras Constituições (a Imperial de 1824 e a Republicana de 1891) e legislação penal não estabeleciam nenhuma disposição penal de conteúdo propriamente econômico.

---

[264] ZANON. *Op. cit.*, 2000, p. 210.
[265] OLIVEIRA. *Op. cit.*, 1952, p. 32/33; DOTTI. *Op. cit.*, 1982, p. 134.
[266] ROYSEN. *Op. cit.*, 2003, p. 193.
[267] LYRA, Roberto. **Criminalidade econômico-financeira**: introdução. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 7.
[268] ZANON. *Op. cit.*, 2000, p. 217.

2.4. Formação do direito penal econômico contemporâneo no Direito alemão e no Direito brasileiro

O direito penal econômico, em sentido estrito, tem o inicio da sua existência a partir do momento em que houve a intervenção estatal para dirigir a realização da atividade econômica, pois enquanto a Economia foi conduzida segundo o princípio da liberdade irrestrita dos agentes econômicos o Estado carecia de interesse para interferir sobre a ordem econômica. Veja-se que na época dos sistemas econômicos regulados pelos dogmas do liberalismo econômico não havia um conjunto de normas que pudesse ser denominado de direito penal econômico, conquanto houvesse pontualmente leis penais de conteúdo econômico.[269]

A intervenção estatal na Economia tem origem no final do século XIX e início do século XX, por meio de medidas estatais destinadas a resolver os problemas de subsistência dos grupos sociais economicamente mais débeis.[270] Todavia, o Estado assumiu efetivamente a direção da Economia por imposição das circunstâncias emergenciais das duas grandes guerras mundiais e da crise econômica surgida entre esses conflitos. É nesse contexto que o direito penal foi empregado para garantir o funcionamento regular da Economia, resultando, assim, na edição de diversos diplomas penais destinados a tutelar e orientar as relações econômicas, que se denominam direito penal econômico.

Nesse sentido, Barbero Santos[271] assevera que: "Não existiu, sem embargo, um próprio direito penal econômico até a Primeira Guerra Mundial, ainda que se encontrem antecedentes, sem embargo, no século XIX".

Pode-se, portanto, afirmar que o direito penal econômico começa a se formar dogmaticamente a partir do contexto econômico e jurídico dos anos da I Guerra Mundial, pois as circunstâncias emergenciais da conflagração trouxeram a necessidade de direção e mobilização das relações econômicas para o esforço bélico, obrigando o Estado a assumir a função de condutor e defensor da Economia.[272]

Barbero Santos destaca que:

---

[269] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 113.
[270] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 115.
[271] BARBERO SANTOS, Marino. Introdución general a los delitos sócio-económicos: los delitos societários. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**. Vol. 10, Fascículo 3, p. 624-636, jul./set. de 1997, p. 624.
[272] DIAS; ANDRANDE. *Op. cit*., 1998, p. 323.

> Para fazer frente ao esforço bélico que supôs a I Grande Guerra e a crise do pós-guerra surgiram na Alemanha e outros países as primeiras manifestações de planificação econômica.
> O Direito penal econômico começa a existir – assinala Würtenberger – quando aparece uma economia dirigida e centralizada. Enquanto imperam condições que concedem ao indivíduo plena liberdade para estabelecer e fazer cumprir relações econômicas, o Estado carece de interesse na manutenção da ordem econômica.[273]

Após a Primeira Guerra Mundial e durante a crise econômica dos anos 20 e 30, a formação do direito penal econômico, em especial na Alemanha, acelerou-se em face da proliferação quase incontrolável de normas de direção da Economia que recorriam abusivamente às sanções penais como garantia para a sua eficácia jurídica e econômica.[274]

Assim, cumpre referir os fatores de formação do direito penal econômico e sua influência e desenvolvimento tanto no Direito comparado como no Direito brasileiro.

2.4.1 Os fatores de formação do direito penal econômico

No início do século XX efetivou-se a intervenção estatal na Economia por força das crises decorrentes do próprio modelo econômico liberal e das duas grandes guerras mundiais. Essas causas, conjuntamente, levaram ao surgimento de uma legislação penal estabelecendo punições para as infrações à ordem econômica.

A partir da intervenção estatal na Economia forma-se um corpo de normas penais – denominado direito penal econômico – com a função de garantir o funcionamento regular do mercado.

Segue o entendimento de Barbero Santos, que assim se expressa:

> A necessidade surge quando uma instituição pública estabelece planos econômicos, vigia sua execução e determina as coordenadas da organização do mercado. Apenas a partir desse instante, a um direito penal autônomo em matéria econômica corresponde a importante função social de garantir, por meio de sanções penais, a manutenção de uma ordem criada e vigiada pelo Estado. As normas penais pressupõem, pois, uma ordem socioeconômica juridicamente estruturada, que se orienta para uma economia social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*), que se opõe tanto à economia de planificação e direção central, como se praticou na Europa do Leste, como á

---

[273] BARBERO SANTOS. *Op. cit*., 1997, p. 624.
[274] DIAS; ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 324/325.

> economia do laisser faire preconizada por Adam Smith, segundo o qual o Estado não deve imiscuir-se no sistema econômico.[275]

Assim, a raiz do direito penal econômico se encontra no fracasso do modelo econômico liberal ilimitado e na constatação da necessidade de presença do Estado no sistema econômico.[276]

Por conseguinte, pode-se afirmar que são dois os fatores que levaram à instituição e desenvolvimento do direito penal econômico: a guerra e a crise econômica.

Assim, Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade pontificam: "o Direito Penal Econômico, de um modo geral, alimenta-se das seqüelas das crises econômicas e dos afrontamentos bélicos".[277]

Martos Nuñez assim também entende, como se infere abaixo, *in verbis*:

> O desenvolvimento espetacular do direito penal econômico está unido, em primeiro lugar, à criação e ao desenvolvimento progressivo da economia dirigida. A intervenção crescente do Estado ou dos organismos estatais no processo econômico se explica por diversas razões: as crises econômicas e as guerras com seus efeitos profundos socioeconômicos, a tendência da economia moderna à concentração e à organização, à internacionalização do comércio, que exige que a economia nacional seja competitiva e se submeta a certas normas estritas, a existência da Comunidade Econômica Européia, que faz indispensável um estreito controle da autoridade pública sobre as atividades industriais, comerciais e agrícolas. [278]

Por sua vez, Novazzi Pinto assevera que o florescimento do direito penal econômico:

> [...] iniciou-se a partir do século XIX e teve as guerras e as crises econômicas que se lhes seguiram como fatores determinantes ao seu crescimento, quocientes estes que levaram, aliás, à inflação de sistemas sancionatórios por parte das autoridades administrativas que passaram a recorrer, cada vez mais, às sanções penais como garantia de eficácia da denominada Ordem Econômica. [279]

Cabe, portanto, analisar os fatores que contribuíram para a ideia de legislar penalmente sobre matéria econômica a ponto de constituir-se um direito penal econômico.

---

[275] BARBERO SANTOS. *Op. cit.*, 1997, p. 624.
[276] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit.*, 1987, p. 114.
[277] DIAS; ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 322. Também nesse sentido: CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de actividades económicas. *In* **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 367.
[278] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit.*, 1987, p. 114.
[279] PINTO. *Op. cit.*, 2009, p. 31.

a) A guerra como fator de formação do direito penal econômico

O fato econômico é aquele por meio do qual alguém obtém algo para satisfazer uma necessidade. Há, assim, uma relação de domínio entre o ser humano e o bem, que o mantém em sua disponibilidade. Não obstante, o principio egoístico que conduz o ser humano no processo econômico leva sempre a uma possibilidade de conflito em torno do domínio desse bem. Desse modo, a guerra, em essência, se constitui como um desses atos de arrebatar o domínio de bens econômicos, de invasão de domínio.

Francesco Carnelutti ensina que o domínio e a guerra são produtos puros da Economia. Todavia, como a guerra traz – ou é – a desordem e o caos, ao Direito se atribui a função de restabelecer a ordem, tão necessária ao ser humano quanto o oxigênio, o que resulta numa expansão das normas jurídicas sobre a vida social e econômica.[280] Nesse sentido, Miguel Bajo Fernandéz[281] destaca que: "O papel das guerras e das revoluções se limita a provocar uma elevação na massa do material jurídico econômico".

No contexto de guerra, as condições sociais e econômicas emergenciais exigem que o Estado adote medidas que interferem no livre funcionamento do mercado de bens e serviços. Assim, surge um estatuto jurídico de emergência que estabelece as regras de aprovisionamento, adota controles anti-inflacionários, cria medidas para evitar a especulação e a agiotagem, de modo que se pode considerá-lo como uma ordem econômica suscetível de proteção penal. Em tais circunstâncias, alteram-se, em sua essência, as relações econômicas, a política econômica estatal e as avaliações das necessidades coletivas, pois a política de guerra destina uma parte substancial da riqueza produzida para atender aos esforços de guerra do Estado. Nessas condições, as bases do habitual funcionamento do mercado são afastadas e, por consequência, as relações de produção obedecem a uma ordenação cogente ditada pelas necessidades do agir bélico.[282]

Esse quadro socioeconômico como causa da intervenção estatal na Economia – sendo a tutela penal seu grau mais intenso - verificou-se durante os anos da 1ª Guerra Mundial, quando na Alemanha, por exemplo, o Estado açambarcou toda a atividade econômica para empregá-la em função de seus fins bélicos.[283]

---

[280] CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Campinas/SP: Russel Editores, 2008, p. 16-18.
[281] BAJO FERNANDÉZ; BACIGALUPO. *Op. cit.*, 2001, p. 12.
[282] AMPUERO. *Op. cit*., 1962, p. 24/25.
[283] RADBRUCH. *Op. cit*., 1999, p. 93/94.

As gravíssimas repercussões e consequências da 1ª Guerra Mundial sobre as sociedades obrigaram os Estados a intervir no mercado para mobilizar a Economia em função dos esforços de guerra, colocando-se a intervenção estatal, assim, como instrumento controlador da atividade de produção e distribuição de bens econômicos. Outrossim, para obter maior controle da Economia abandonou-se o modo de produção do liberalismo econômico e vislumbrou-se como adequada a utilização do direito penal para garantir a realização da nova política econômica.[284]

Essa relação guerra-intervençãopenal-Economia, verificável nos países envolvidos diretamente no conflito, também pode ser comprovada em outros países, como, por exemplo, em Portugal nessa mesma época. Figueiredo Dias[285] ensina que foi o fato socioeconômico da 1ª Guerra Mundial que originou a moderna intervenção penal na economia portuguesa motivada pelas prementes necessidades da guerra. A partir desse momento as normas penais em matéria econômica não mais deixaram de se expandir, alcançando seu ápice durante a 2ª Guerra Mundial.

No Brasil, também o Estado teve de intervir da economia em razão do primeiro conflito mundial, como informa Roberto Lyra, nestes termos:

> A guerra de 1914 creou, também para nós, a necessidade de intervenção do Estado em face da carestia da vida, da insuficiência de produção ou de vasão para esta, da raridade de mercadorias e gêneros alimentícios, das restrições à exportação para conservar stocks de resistência, da desorganização do comércio internacional.
> Vieram os comissariados de alimentação, os tabelamentos, as feiras-livres, para combater, superficial e ineficientemente, a repercussão do mal sobre os consumidores. [286]

É, portanto, no contexto circunstancial de guerra que se apresentam as causas para a intervenção penal na Economia, uma vez que o direito penal é o meio preferencial de defesa do modelo econômico estabelecido pelo Estado.[287]

b) A crise econômica como fator de formação do direito penal econômico

---

[284] SILVEIRA. *Op. cit*., 2006, p. 20.
[285] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *In* **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 39/40.
[286] LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 94.
[287] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 323.

A crise econômica, com suas graves consequências sociais e econômicas, e a concentração de poder econômico podem provocar distorção nas regras da oferta e da demanda que orientam o regular funcionamento do mercado. Por isso, faz-se necessária a intervenção punitiva do Estado para tutelar a concorrência e o livre funcionamento do mercado.

A intervenção penal na Economia nesse contexto se justifica porque as manobras de caráter criminoso gravitam em torno do conjunto das ações de mercado e sobre toda a sociedade, deformando os preços e as relações econômicas e propagando-se indefinidamente, resultando em danos indeterminados e indetermináveis.[288]

Nesse diapasão, a intervenção estatal se destina a restabelecer a higidez do mercado e proteger a sociedade contra os efeitos danosos gerados pela crise econômica, mas como encontra frequentemente resistência a sua realização, as normas penais se multiplicam para assegurar seu êxito, constituindo uma tutela penal da Economia.[289]

A relação crise/concentração econômica-intervenção penal-Economia pode ser verificada no quadro de problemas e soluções gerados pela crise econômica de 1929, denominada a grande depressão da economia mundial. Essa crise se originou da incapacidade que o liberalismo econômico demonstrou ao enfrentar os graves problemas sociais e econômicos deixados pela 1ª Guerra Mundial, somada à crise gerada pelo surgimento das grandes corporações empresariais que monopolizaram o mercado em busca de lucros exorbitantes e irreais. A alta artificial dos preços levou a uma diminuição da demanda sem a sua própria redução, cujos preços se mantiveram altos em razão da ausência de concorrência. A compressão do mercado ocasionou um alto índice de desemprego (gerando uma grande capacidade ociosa de homens e máquinas), redução do consumo e a consequente queda do valor do salário.[290]

Para superar essa crise econômica mundial o Estado teve de abandonar os princípios do liberalismo econômico, até então predominante entre os países ocidentais, e intervir na organização e realização da atividade econômica, por meio do controle de preços, medidas tributárias, estabelecimento de mercados privilegiados, incentivos à exportação e fixação de

[288] AMPUERO. *Op. cit.*, 1962.
[289] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit.*, 1987, p. 115.
[290] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 7-10.

margens de lucro para evitar a alta ou queda dos preços, bem como medidas governamentais de incremento da produção.[291]

Desse modo surgiu o Estado interventor, que elegeu a tutela penal como um dos seus instrumentos principais para proteger a frágil economia dos países ocidentais na primeira metade do século XX, adotando-a mais tarde como um mecanismo de direcionamento durante as reformas dessas economias.[292]

2.4.2 A formação do direito penal econômico na Alemanha

Inicialmente, cabe esclarecer que se escolheu tratar da formação do direito penal econômico na Alemanha em razão da influência que exerce a dogmática penal germânica sobre o direito penal brasileiro, haja vista as raízes romano-germânicas do Direito pátrio. No caso do direito penal econômico a dogmática alemã tem sido uma das que mais influencia a doutrina jurídico-penal brasileira. A respeito disso, Esteban Righi explica:

> Os países da America Latina adotaram as codificações da Europa, recebendo paralelamente doutrina européia; mais especificamente as categorias dogmáticas e estratégias político-criminais alemãs, italianas e espanholas. No caso do direito penal econômico, o modelo legislativo imitado teve origem distinta, pois proveio dos Estados Unidos, cuja legislação antitruste foi fonte principal das primeiras normas antimonopólicas da região. Não obstante, a doutrina penal latino-americana, ao tomar esta legislação como objeto de conhecimento científico, seguiu utilizando as categorias da dogmática européia. [293]

Os esforços exigidos pela Primeira Guerra Mundial obrigaram o Estado alemão a intervir e dirigir a Economia com vistas a seus fins bélicos, resultando disso um conjunto de normas penais editadas para tutelar o funcionamento do mercado. Assim, pode-se afirmar que o direito penal econômico em sentido estrito – ou seja, um direito penal destinado ao controle das infrações às relações econômicas – teve seu inicio no começo desse conflito em 1914. Isso porque a Lei de 4 de agosto de 1914 autorizou a Câmara Alta (*Bundesrat*) a tomar medidas consideradas necessárias em matéria econômica em caso de acontecimentos bélicos.[294]

---

[291] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 9.
[292] ROYSEN. *Op. cit*., 2003, p. 193.
[293] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 33.
[294] ACHENBACH, Hans. Anotaciones sobre la evolución del derecho penal económico en Alemania. *In* PUIG, Santiago Mir *et alli*. **Estudios de derecho penal economico**. Caracas: Editorial Livrosca, 2002, p. 27.

Essa lei permitiu uma proliferação quase incontrolável de normas de direção da Economia, que recorriam abusivamente da sanção penal para assegurar sua efetividade. Com efeito, Hans Achenbach destaca que:

> A quantidade de preceitos penais sobre o controle de bens que se haviam promulgado com base no disposto no §3º desta Lei, se avalia em fevereiro de 1918 em torno dos 40.000. [295]

Klaus Tiedemann também indica essa situação jurídica e econômica na Alemanha durante esse período, nestes termos:

> 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 constituíam várias leis sobre a usura de guerra e que asseguraram a satisfação das necessidades vitais e, mediante a luta contra a elevação dos preços, frearam os abusos próprios de uma situação de necessidade. [296]

Esteban Righi[297] ensina que esse incipiente direito penal econômico apresentava três características: 1º) surgiu como um tipo de "direito penal de guerra", levando-se à associação da existência de normas penal-econômicas com a hipótese de conflito bélico; 2º) a sanção prevista para certas infrações foram definidas como "penas de ordem", denominação que logo ensejou a ideia de que o direito penal seria autônomo; 3º) consagrou o "privilégio do erro", pois um Decreto de 18 de janeiro de 1917 estabeleceu os efeitos exculpantes do *error juris*, pois declarava extinta a pena de quem atuava em erro de direito escusável em certas infrações contra a Lei de Plenos Poderes de 1914.

Durante a República de *Weimar*, instalada em 1918, houve uma forte intervenção estatal na Economia em razão da crise decorrente da conflagração mundial, bem como para proteger a posição da Alemanha no comércio internacional. Todavia, apenas em novembro de 1923 se editou o Decreto contra o abuso do poder econômico, cujo parágrafo 17 continha uma norma penal que reprimia as infrações dolosas contra a livre concorrência.[298] Em que pese o desenvolvimento do direito penal durante esse período, destaca-se que antes da crise de 1929

---

[295] ACHENBACH. *Op. cit.*, 2002, p. 27.
[296] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 16.
[297] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 36.
[298] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 71.

o direito penal econômico não teve manifestações de direito positivo e consequentemente seu desenvolvimento doutrinário foi um fracasso.[299]

A crise econômica de 1929 ensejou numerosas normas jurídicas com medidas de ordenação e direção econômicas que novamente estabeleciam sanções criminais e administrativas,[300] em face da necessidade de controlar as trocas e os reços dos bens econômicos. Nesse contexto, destaca-se o Decreto de 26 de julho de 1930, destinado a impedir que coalizões e empresas influenciassem os preços, trazendo perigo à economia nacional, bem como o Decreto de 16 de janeiro de 1931 sobre a fixação dos preços dos artigos de marca.[301]

No campo doutrinário destaca-se o estudo de Max Grünht sobre a "a proteção penal dos interesses econômicos" publicado em 1929. Mais reconhecimento teve a obra de Curt Lindemann, publicada em 1932, que apresentou as seguintes conclusões: a) a Economia é um bem jurídico que o direito penal deve proteger; b) o delito econômico é uma conduta punível que atenta contra a economia e importantes instituições que a movimentam.[302]

Impende salientar que foi na passagem dos anos 20 para os anos 30 que se teve consciência da existência do direito penal econômico como um setor específico do ordenamento jurídico e que se preocupou em definir o seu conteúdo e limites.[303]

O nacional-socialismo alemão tinha a sua política econômica baseada na plena direção e planificação da Economia, resultando, assim, na configuração de um direito penal econômico totalitário de guerra. Nessa época, o direito penal econômico tendia ao terror, já que a autoridade administrativa detinha poder punitivo e o exercia por meio de uma sanção denominada "pena de ordem", sem que houvesse um controle judicial sobre a sua aplicação.[304]

Hans Achenbach assevera que:

> Na segunda guerra mundial se produziu um desmesurado aumento do direito sancionatório em matéria de intervencionismo econômico e controle de preços, que se distanciava cada vez mais de um modelo de Direito penal democrático orientado ao principio reitor do mandado de determinação. [305]

[299] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 37/38.
[300] ACHENBACH. *Op. cit*., 2002, p. 28.
[301] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 38.
[302] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 38.
[303] DIAS; ANDRADE. *Op. cit.* 1998, p. 325.
[304] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 39.
[305] ACHENBACH. *Op. cit*., 2002, p. 29.

Após a capitulação do III *Reich*, as primeiras reformas foram no sentido de desmontar o omnicompreensivo poder penal da administração pública nazista,[306] buscando a legislação reduzir a hipertrofia do direito penal no Direito de controle econômico herdado do nacional-socialismo e também separar satisfatoriamente, conforme o prisma do Estado de Direito, o direito penal criminal da competência da administração pública no âmbito do direito penal administrativo.[307]

Para tanto se editou a Lei Penal econômica de 26 de julho de 1949, denominada "Lei para a simplificação do direito penal econômico no campo da Economia", que foi considerada uma primeira codificação de caráter amplo sobre essa matéria. A finalidade dessa lei foi restabelecer no âmbito do direito penal econômico as características próprias de um sistema criminal em conformidade com os princípios do Estado de Direito, substituindo, assim, as inúmeras normas de orientação econômico-dirigista provenientes, em grande parte, no nacional-socialismo. Essa lei estabeleceu, pela primeira vez, uma delimitação material entre as infrações econômicas em sentido próprio e as infrações econômicas administrativas, preconizando que as primeiras somente podem ser aplicadas por órgãos judiciais, enquanto as autoridades administrativas apenas podem punir as infrações administrativas.[308]

Com a constituição da Republica Federal da Alemanha (RFA) e da República Democrática da Alemanha (RDA), o direito penal econômico se desenvolveu separadamente por quarenta anos a partir de 1949.[309]

A RDA manteve em vigor o código penal herdado do nacionalsocialismo, com modificações e apêndices estabelecidos pela ocupação soviética. Em 1968, a RDA editou um código penal próprio, no qual dedicou um capítulo completo aos "Delitos contra a propriedade socialista e a economia nacional".[310]

A RFA adotou o princípio da liberdade de mercado, em razão do qual admitia a intervenção estatal apenas para fazer aumentar a renda nacional, debelar a crise e integrar a economia alemã. Nesse contexto de economia de mercado, ao direito penal econômico se atribuiu a missão de velar para que a liberdade econômica não se transformasse em libertinagem econômica, o que prejudicaria as relações de produção e trocas de bens.[311]

---

[306] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 39.
[307] ACHENBACH. *Op. cit.*, 2002, p. 29.
[308] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 24/25.
[309] ACHENBACH. *Op. cit.*, 2002, p. 31.
[310] ACHENBACH. *Op. cit.*, 2002, p. 31.
[311] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 42.

Em julho de 1954 foi editada a "Lei para uma nova simplificação do direito penal econômico", com nítido caráter descriminilizador, haja vista ter suprimido inúmeras figuras de delitos econômicos, em especial aqueles que tipificavam condutas comprometedoras da normalidade nos abastecimentos. Essa nova lei adotou uma clara orientação liberal em razão da normalização econômica e do auge da economia de mercado.[312]

Com efeito, Hans Achenbach[313] destaca que na RFA, durante os anos 50 e também os 60, não se queria saber nada de sanções penais a respeito da matéria econômica, fora das margens da *Lei para simplificação do direito penal econômico*.

Na década de 1970, na RFA surgiu a tendência de criminalizar novamente fatos antissociais na seara econômica, em decorrência de escândalos econômicos e como reação aos danos ao meio ambiente produzidos por algumas empresas. Com relação a essa reforma do direito penal econômico, vale conferir as observações de Klaus Tiedemann, *in verbis*:

> No começo dos anos setenta surgiu na Republica Federal da Alemanha um movimento a favor da criminalização no âmbito econômico. Oficiosamente se iniciou em 1972, durante o 49º Congresso de Juristas Alemães, e oficialmente coma criação de uma Comissão de Expertos para a Luta contra a Delinqüência Econômica (e para a Reforma do Direito Penal Econômico). Favoreceram o desenvolvimento desse movimento as crescentes críticas ao sistema econômico anterior; o repúdio à conduta de certas empresas, especialmente em matéria de meio ambiente; os escândalos econômicos, de grande transcendência na opinião pública, na práxis forense penal e também, ainda que timidamente, na ciência jurídica; e a exigência de uma reforma do Direito Penal Econômico, acompanhada de medidas complementares no âmbito das legislações mercantil e econômica. [314]

As atividades dessa Comissão de Expertos resultou na promulgação das duas leis contra a delinquência econômica. A primeira entrou em vigor em 1º de setembro de 1976 e a segunda, em 15 de março de 1986.

No que tange ao momento contemporâneo, Hans Achenbach[315] salienta que nos últimos vinte anos a evolução do direito penal econômico alemão não demonstra uma grande função configuradora ou ideias reformistas. A onda de reformas dos anos 70 e 80 perdeu sua força. Nem mesmo após a reunificação da Alemanha em 1990 houve, regra geral, um novo sentido ou uma modificação da direção político-criminal.

---

[312] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 26.
[313] ACHENBACH. *Op. cit.*, 2002, p. 32.
[314] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 26/27.
[315] ACHENBACH. *Op. cit.*, 2002, p. 38.

2.4.3 A formação do direito penal econômico no Direito brasileiro

No Brasil a elaboração de um conjunto de normas penais propriamente a respeito das relações econômicas teve seu início apenas a partir da crise econômica mundial ocasionada pela Primeira Guerra Mundial, haja vista o Estado brasileiro ter adotado, desde sua constituição efetiva, os princípios do liberalismo econômico, tanto que as primeiras Constituições (1824 e 1891) e os estatutos penais não reprimiam o abuso do poder econômico.

Entretanto, a crise econômica mundial de 1929 também exigiu que o Estado brasileiro interviesse na economia nacional para enfrentar os efeitos gerados pela depressão do mercado internacional de capitais. Assim, o Estado brasileiro passou a representar diretamente os interesses de sua indústria cafeeira, assumindo, dessa forma, a função de guardião da economia nacional.[316]

Nesse contexto econômico, a intervenção penal na Economia logo se fez perceber através da incriminação de alguns atos contrários às normais práticas econômicas, pois no início da década de 1930 se percebem as primeiras regulamentações a respeito dos crimes econômicos.[317]

A respeito disso, Paschoal Mantecca destaca que:

> No Brasil, as primeiras disposições versando sobre economia popular surgiram da década de 30 deste século. Anteriormente, nem mesmo os Códigos de 1830 e 1890 contemplaram a matéria.
> Foi, efetivamente, a partir de 1931 que surgiram alguns decretos, onde configuravam, esparsamente, determinados tipos de delitos contra a economia popular, sem, contudo, esgotar a questão. [318]

Nessa época surgiram alguns diplomas penais com conteúdo econômico, a saber: a) falsificação e fraude de gêneros alimentícios (Decreto nº 19.604/1931)[319] b) usura (Decreto

---

316 DOTTI, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, p. 131-158, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982, p. 135.

317 OLIVIERA. *Op. cit*., 1952, p. 11; OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Direito penal econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1996, p. 22.

318 MANTECCA, Paschoal. **Crimes contra a economia popular e sua repressão**. São Paulo: Editora Saraiva, 1985, p. 2.

319 MANTECCA. *Op. cit.*, 1985, p. 2.

22.626/1933)[320]; c) falsificação e fraude de gêneros alimentícios (Decreto 22.796/1933); d) concorrência desleal (Decreto 24.507/1934 – Código de Propriedade Industrial).[321]

A Constituição de 1934 estabelece pela primeira vez a concepção jurídica de "economia popular" a reboque do surgimento do Estado interventor na Economia.[322] Confira-se seu teor:

> Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica.
> [...]
> Art. 117 – A Lei promoverá o fomento da economia popular, do desenvolvimento do crédito e da nacionalização das empresas de seguros, em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no Pais.
> Parágrafo único – É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

Nessa ordem de proteção, a Lei nº 38/1935, que definia os crimes conta a ordem política e social, prescrevia em seu art. 21: "Tentar, por meio de artifícios fraudulentos, promover a alta ou baixa dos preços dos gêneros de primeira necessidade, com o fito de lucro ou proveito".[323]

O ápice da intervenção penal na atividade econômica verifica-se na Constituição Federal de 1937, que estatuía a sanção penal para reprimir as infrações praticadas contra as relações econômicas, inclusive conferindo aos delitos contra a economia nacional o *status* de crimes contra o Estado.

Sobre a intervenção penal na Economia a Constituição de 1937 dispõe:

> Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhe penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.

Logo após, segue-se a incriminação da conduta de promover, por meio de artifícios, a alta ou a baixa de preços dos gêneros de primeira necessidade para se obter lucro ou proveito

---

[320] Sobre a usura, Roberto Lyra (*op. cit.*, 1940, p. 158) informa que: "— As Ordenações do Reino (Livro V), que constituíram nossa legislação penal até 1830, previam a usura como crime, com a pena de dois anos de degredo na África dobrada a reincidência. [...] — O decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, reincorporou a espécie suprimida no Código de 1830. A Constituição de 1937 reproduziu a recomendação feita em 1934 ao legislador ordinário".

[321] DOTTI. *Op. cit.*, 1982, p. 135.

[322] OLIVEIRA. *Op. cit.*, 1952, p. 11.

[323] LYRA. *Op. cit.*, 1940, p. 98.

próprio (art. 2º, nº 23, do Dec.-lei 431/1938, que definia os crimes contra a personalidade internacional, estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social, que reproduzia o dispositivo da Lei nº 38/1935).[324]

Foram também definidos os crimes contra a economia popular (Decreto-lei 869/1938), considerado como o primeiro diploma penal de tutela da Economia na acepção de um direito penal econômico.

Nesse sentido, Elias de Oliveira assim se pronuncia:

> Foi, porém, o Decreto-lei nº 869 de novembro de 1938, o primeiro documento legislativo de envergadura, que surgiu em defesa da economia popular, cominando penas contra os especuladores gananciosos e exploradores do povo, caracterizando um variado número de infrações e trançando normas rígidas de processo.[325]

Roberto Lyra pontifica que o mencionado decreto-lei tutela as relações econômicas consideradas em sua totalidade, confira-se:

> O objeto da tutela penal na repressão de tais crimes é o bem jurídico da economia popular e da probidade comercial e industrial.
> A lei econômica da oferta e da concorrência, que representa o balanço dos valores, não deve ficar exposta às fraudes e às insídias dos especuladores astutos. Por isso, o legislador procurar crear uma atmosfera de probidade e de confiança necessária à atuação normal do desenvolvimento progressivo dos indivíduos e da função contra as ciladas dos contra-fátores ou da concorrência ilícita.[326]

Nessa época a expressão economia popular servia tanto para indicar o conjunto de bens do povo como o plexo de relações econômicas que na atualidade se inserem sob a tutela da denominação ordem econômica. De fato, Elias de Oliveira[327] ensina que os crimes contra a economia popular são ofensas contra o bem-estar social e o poder econômico do povo.

Assim são as considerações de Roberto Lyra expressadas à época do Decreto-lei 869/38, *in verbis*:

> Não é patrimônio particular que se protege, não é a economia privada que se defende, mas a economia pública, como se diz na Itália, a economia social, como se prefere intitular o bem jurídico em apreço na França e na Bélgica, enfim, a economia popular – expressão mais democrática, mais frizante (sic) e mais direta da lei brasileira.[328]

---

[324] LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 98.
[325] OLIVEIRA. *Op. cit*., 1952, p. 33.
[326] LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 100.
[327] OLIVIERA. *Op. cit*., 1952, p. 9.
[328] LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 96.

Seguindo a senda de direção e tutela penal das relações econômicas, editou-se o Decreto-lei nº 7.666/1945, que definia os atos contrários à ordem moral e econômica, a Lei de Falências (Dec.-lei 7.661/1945) e o Código de Propriedade Industrial (Dec.-lei 7.903/1945), que são considerados importantes textos legais de intervenção penal na Economia e relevantes diplomas legais para a elaboração de um direito penal da Economia.[329]

Sob a égide da Constituição liberal de 1946, que consagrava a intervenção na Economia apenas para fins de interesse público e limitada pelos direitos fundamentais em seu texto estatuídos, editou-se o Dec.-lei nº 9.125/1946, que estabeleceu o controle de preços e a criação de órgãos destinados a impedir o encarecimento da vida; depois, promulgou-se a Lei nº 1.521/1951, para incriminar especificamente as lesões à economia do povo, substituindo o Dec.-lei nº 9.840/1946; posteriormente, foi editada a Lei antitruste nº 4.137/1962, com o objetivo de reprimir o abuso do poder econômico.[330]

A Lei nº 1.521/1951 descreve em seu texto tanto os crimes contra a economia popular em sentido próprio (arts. 2º e 3º) como os crimes contra a ordem econômica (art. 3º), que seriam depois complementados pela Lei nº 8.137/1990 (arts. 4º, 5º e 6º).

A respeito da Lei nº 1.521/51 como fonte do direito penal econômico cabe transcrever as observações de Evaristo de Moraes Filho, que assim assevera:

> A Lei nº 1.521, vigente, tem em seu texto crimes tanto contra a economia popular, propriamente ditos, como crimes contra a ordem econômica. [331]

Com efeito, impende reconhecer que a Lei nº 1.521, como antes o Dec.-lei nº 869/38, é uma das primeiras e principais fontes de formação do direito penal econômico brasileiro, pois estabelece a incriminação de condutas que atentam contra as relações econômicas consideradas em toda a sua totalidade.

Na atualidade, o direito penal econômico é constituído por um conjunto de diversas leis penais extravagantes (crimes contra o sistema financeiro, crimes contra a ordem econômica, crimes contra o meio ambiente, crimes contra o consumidor etc.), e residualmente por alguns poucos dispositivos do próprio código penal (crimes de apropriação indébita previdenciária, contrabando e descaminho), em cada texto legal trata especificamente sobre determinado aspecto da ordem econômica nacional. Nesse contexto, o principal diploma legal

---

[329] DOTTI. *Op. cit*., 1982, p. 136/137.
[330] DOTTI. *Op. cit*., 1982, p. 137/138.
[331] MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Crimes contra a economia popular. *In* **Direito penal dos negócios**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1989, p. 101.

é a Lei 8.137/1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica, abrangendo os delitos contra a ordem tributaria, contra a livre concorrência e alguns crimes praticados na relação de consumo.

Essa característica do direito penal econômico brasileiro dificulta a sistematização de suas normas em um conjunto coerente e uniforme de princípios dogmáticos que possam guiar o legislador e o interprete penal na sua aplicação.

Gilberto Pinheiro Júnior identifica bem essa dispersividade do direito penal econômico brasileiro, nestes termos:

> [...] o Direito Penal Econômico brasileiro hoje é um verdadeiro emaranhado de leis esparsas, que tratam de assuntos diversos e foram produzidas de acordo com as conveniências da época, numa verdadeira colcha de retalhos. Isso para não nos tornarmos repetitivos no tocante à falta de técnica legislativa de muitas delas, bem como à ausência de efetividade prática. [332]

Por fim, cabe mencionar que já se discutiu se os crimes contra a economia popular seriam objeto de regulação do direito penal econômico, chegando a se entender que esse ramo não abrangeria aqueles delitos econômicos.[333]

No entanto, tal distinção não se justifica, pois tanto os crimes contra a economia popular propriamente ditos como os crimes contr a ordem econômica em sentido próprio são, essencialmente, manifestações de abuso do poder econômico, que consiste no objeto primeiro de normatização do direito penal econômico. A distinção entre os delitos radica na qualidade das vítimas atingidas diretamente pelas infrações, a saber: a) em alguns crimes contra a economia popular, o lesado imediato é o consumidor e a coletividade, esta compreendida como um número indefinido de pessoas, atingindo indiretamente a regularidade das relações econômicas tuteladas pelo Estado, não obstante se constate que há alguns crimes que atingem a livre concorrência; b) nos delitos contra a ordem econômica, os lesados diretos são o Estado e os concorrentes, em razão da violação à política econômica estatal, porém atinge reflexamente a coletividade e os próprios consumidores ao se infringir as regras do mercado de bens econômicos. [334]

Portanto, é forçoso reconhecer que o direito penal econômico incrimina tanto o abuso do poder econômico que lesa à política econômica estatal e sua realização como também

---

[332] PINHEIRO JÚNIOR. *Op. cit*., 2003, p. 78/79.
[333] Nesse sentido: PIMENTEL. *Op. cit*., 1973, p. 19/22.
[334] MORAES FILHO. *Op. cit*., 1989, p. 101.

reprime as manobras que atentam contra os interesses e bens da coletividade de consumidores, considerados como crimes contra a economia popular.

2.5. Direito penal econômico e sistemas econômicos

É corrente a ideia que direito penal econômico refere-se à tutela penal do sistema econômico e de repressão aos atos atentatórios à ordem econômica estabelecida pelo Estado. Sendo assim, incumbe verificar sua manifestação político-criminal em face dos dois principais sistemas econômicos adotados pelos países – o sistema de economia de mercado e o sistema econômico socialista[335] − para que se possa compreender a sua diretriz política criminal no sistema econômico brasileiro na atualidade.

Em meados do século XX debatia-se sobre que tipo de sistema econômico admitia a formulação de um direito penal econômico, havendo duas posições antagônicas: a) uma corrente entendia que apenas no sistema de economia soviética seria possível um direito penal econômico, uma vez que no sistema capitalista não poderia haver uma ordem econômica estabelecida pelo Estado, pois a tutela penal no capitalismo dirige-se mais aos grupos econômicos débeis, como os consumidores; [336] b) outra corrente aduzia que justamente no sistema econômico soviético a tutela penal econômica se mostrava estranha, porquanto as atividades econômicas estão sob condução do Estado, carecendo de sentido que as fiscalize, uma vez que tal atribuição já lhe é inerente.[337]

Figueiredo Dias e Costa Andrade destacam que:

> Na verdade, e por um lado, bem pode dizer-se que a historia da edificação do socialismo é a história da luta contra o crime econômico. A repressão de tal delinqüência foi imperativo constante derivado em linha recta da vocação intervencionista do Estado socialista, dada a sua (quase) exclusiva titularidade da iniciativa e da direcção do processo económico e a conseqüente necessidade de defesa das novas relações que sucessivamente foram marcando a vida econômico-social. [338]

No entanto, os autores supramencionados também reconhecem que na atualidade em todos os países capitalistas têm sido mobilizados enormes recursos para a prevenção e

---

[335] Salienta-se que a referência ao sistema econômico socialista é uma abordagem meramente histórica e far-se-á apenas para fins comparatísticos, uma vez que o modelo econômico soviético foi soterrado pelo transcurso da História, restando atualmente apenas dois países que podem ser, em tese, apontados como de economia planificada, Cuba e Coreia do Norte. Por outro lado, cabe destacar que também não mais existe um sistema de economia de mercado que adote os dogmas liberais em toda sua pureza, pois os países capitalistas adotam um grau variado de intervenção estatal na Economia.

[336] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 292.

[337] NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de direito penal e criminologia**. Nº 33, p. 91-121, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982, p. 118.

[338] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 320.

repressão da criminalidade econômica, que já se denominou de "cancro" da sociedade contemporânea.[339] Isso, evidentemente, implica a admissão de um direito penal econômico num país de economia de mercado capitalista.

Para além disso, a experiência legislativa no direito comparado tem demonstrado que a existência do direito penal econômico não está condicionada a nenhuma forma de organização econômico-social, pois tanto no sistema econômico capitalista como no sistema econômico soviético pode existir um conjunto de normas penais para a tutela da Economia, sendo inclusive idêntica sua função técnico-formal, que é a de prevenir e reprimir fatos que afetam a realização das atividades econômicas.[340] Isso porque a criminalidade econômica é um problema de qualquer sistema econômico, seja capitalista, seja dirigista, que todos procuram evitar com o emprego do direito penal econômico.

Pode-se adiantar que a distinção entre o direito penal econômico do sistema capitalista e o do soviético se refere ao conteúdo e função político-criminal: no capitalismo o direito penal econômico tem por finalidade preservar os fundamentos da Economia de mercado, sendo exemplo eloquente a tutela penal da livre concorrência. No socialismo a tutela penal econômica incrimina a violação às proibições ao exercício de atividades econômicas reservadas ao Estado.[341] Nesse sentido, Faria Costa[342] aduz que: "O direito penal econômico aparece-nos, indiscutivelmente, de maneira diferente quando perspectivado pela doutrina dos países de economia planificada ou quando olhado pela ótica dos países de economia de mercado".

Essa conclusão coincide com a primeira recomendação do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, sobre o conceito e os princípios fundamentais do direito penal econômico, realizado pela Associação Internacional de Direito Penal no Cairo em 1984:

> A delinqüência econômica e da empresa afeta com freqüência ao conjunto da economia ou a setores importantes da mesma, e resulta hoje especial

---

[339] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 320.

[340] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 293. Figueiredo Dias e Costa Andrade (*op. cit*., 1998, p. 324) assinalam que em países reconhecidamente capitalistas desde há muito existem leis penais econômicas, a saber: a) nos EUA o *Sherman Act* é de 1890, sendo seguindo por outras normas posteriores no início do século XX; b) o direito penal econômico francês, formado na primeira metade do século XX, se baseia no código penal de 1810; c) o direito penal holandês começou a se formar em torno de 1930, tendo sido codificado em 1950, representando assim uma das primeiras codificações em países não socialistas; d) a Alemanha, a partir do final da Segunda Grande Guerra mesmo adotando uma economia de mercado, manteve um direito penal econômico.

[341] NOVOA MONREAL. *Op. cit*., 1982, p. 118-120.

[342] COSTA, Jose de Faria. Breves reflexões sobre o decreto-lei nº 207-B75 e o direito penal econômico. *In* **Direito penal econômico e europeu**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 281.

> interesse em numerosos países, independentemente de seus sistemas econômicos.[343]

A missão do direito penal econômico em face do sistema econômico deve ser aferida a partir da caracterização da ordem econômica constitucional, que é o marco jurídico fundamental de estruturação e funcionamento das atividades econômicas. É a Carta Política que define o sistema econômico em seus fundamentos essenciais e estabelece as normas que servem de parâmetros para atuação dos agentes econômicos.

Ao direito penal econômico incumbe selecionar os valores fundamentais do sistema econômico que a política econômica estatuiu como essenciais no processo de produção, distribuição e consumo de bens econômicos com vistas a elevá-los à categoria de bem jurídico tutelado penalmente. É a partir do elenco dos valores socioeconômicos predominantes que se pode aferir a diretriz político-criminal do direito penal econômico em face de um sistema econômico. Assim, o direito penal econômico apresenta-se como *ultima ratio* para assegurar o desejável funcionamento e desenvolvimento do modelo econômico adotado e com âmbito determinado pelos fins que preponderam nesse sistema econômico.[344]

2.5.1 Direito penal econômico e sistema econômico socialista

O sistema econômico socialista refere-se à organização da Economia em que os meios de produção são de propriedade coletiva e as atividades econômicas são dirigidas centralmente pelo Estado. Nesse sistema econômico o direito penal econômico apresenta-se dotado de unidade interna, porque se põe, direta e indiretamente, a serviço "da atividade dirigente do Estado socialista no plano econômico" e visa sancionar ações que violem o monopólio estatal de direção e propriedade dos meios de produção, ou condutas que representam um "abuso de formas de competência próprias da sociedade socialista".[345]

Com efeito, no sistema econômico socialista o direito penal econômico é formulado como um instrumento a serviço da construção do socialismo e de suas fases.

Figueiredo Dias e Costa Andrade destacam que:

> Assim, quase invariavelmente, assistimos a um Direito Penal Económico ao serviço da reconstrução de economias destruídas pela ocupação e pelas

[343] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 183.
[344] CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal econômico. *In* **Direito penal econômico e europeu**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 302.
[345] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 326.

> guerras de libertação; ao serviço depois da defesa duma política de colectivização, e luta conta a propriedade e a iniciativa privadas e a diversão; ao serviço, em seguida, da necessidade de obediência às directrizes do plano e da disciplina na empresa; ao serviço, hoje, dessas necessidades e sobretudo do estímulo da criatividade e da alegria da iniciativa na empresa socialista. Objectivos, estes últimos, em parte antagônicos com os tradicionais e a colocar o Direito Penal Económico dos países socialistas num certa aporia ou, como escreve H. Woesner, 'entre Cila e Caribidis, entre a necessidade de obviar aos prejuízos, de combater os danos econômicos e a leviandade, por um lado, e a de não cortar a alegria da criatividade e do risco, por outro lado'. [346]

No sistema socialista o direito penal econômico incide sobre o conjunto das relações econômicas com vistas a manter a incolumidade da política econômica estabelecida pelo Estado. Sob esse prisma, a tutela penal econômica não se apresenta como um meio de tratar a violação às relações econômicas e restabelecer o equilíbrio que deve haver entre os agentes econômicos, mas como um instrumento de direção da ação econômica e manutenção dos ideais socialistas.[347] Destarte, Martos Nuñez[348] aduz que: "O direito penal de proteção, de inspiração liberal, cede, portanto, lugar a um direito penal de direção".

O direito penal econômico de um Estado socialista não constitui um setor caracterizado como acessório do sistema penal socialista, mas, ao contrário, integra o "conjunto de valores fundamentais que o Estado se propõe defender com a *ultima ratio* da política criminal que é o Direito penal".[349]

2.5.2 Direito penal econômico e sistema econômico capitalista

O sistema de economia capitalista é compreendido como o sistema econômico no qual as relações de produção se fundam no princípio da propriedade privada dos bens em geral (especialmente, o de produção) e no da liberdade de iniciativa econômica, de concorrência comercial e de trabalho. Portanto, seu pressuposto fundante é a liberdade econômica. O sistema capitalista constitui a denominada economia de mercado, na qual a premissa é que são as próprias condições do mercado que determinam o funcionamento e equacionamento da Economia.

---

[346] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 329.
[347] Neste sentido: JALIL, Mauricio Schaun. **Criminalidade econômica: e as novas perspectivas de repressão penal.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 31.
[348] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 125/126.
[349] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 327.

Em face desses fundamentos do sistema de economia de mercado compete ao direito penal econômico de um Estado capitalista as funções de assegurar o livre funcionamento do mercado e de lutar contra o abuso do poder econômico. Assim, as normas penais econômicas tutelam os princípios da livre concorrência e reprimem as condutas que deformam ou transformam o regular andamento do mercado. O direito penal econômico é, portanto, dotado de medidas jurídico-penais que buscam permitir a interação econômica clara, regular e sem os vícios inerentes ao capitalismo.

Na economia de mercado o direito penal econômico busca prevenir e corrigir as disfunções do próprio sistema capitalista, para garantir seu livre e normal funcionamento por meio de normas que punem as práticas restritivas da concorrência.[350] Nesse sentido, Faria Costa[351] assevera que na economia de mercado "representa o direito penal económico, *grosso modo*, o sentido organizatório e a necessidade de influência coactiva nos mecanismos económicos, tendo por base a defesa e salvaguarda da conformação, direcção e propulsão de alguns momentos da actividade produtiva, distribuidora ou do consumo".

Assim, no Estado capitalista a tutela penal econômica visa proteger a liberdade contratual e a liberdade de comércio e de indústria, pois a intervenção estatal na Economia deve se limitar a assegurar o funcionamento regular do sistema de economia de mercado ante os aos abusos que podem destruir a liberdade econômica. Nesse sentido a missão do direito penal econômico é similar à das leis econômicas antimonopolísticas, que buscam exclusivamente prevenir e controlar o abuso do poder econômico no mercado.

O direito penal econômico do sistema de economia de mercado, em razão da influência liberal, aspira a ser unicamente um direito de proteção da livre interação econômica, já que busca garantir a livre atuação das estruturas econômicas capitalistas e a proteção dos indivíduos na conclusão e execução das relações econômicas que contraem livremente entre si.[352]

---

[350] COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. *In* **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 350.
[351] COSTA. *Op. cit*., 1998, p. 281/282.
[352] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 125.

2.5.3 Direito penal econômico e sistema econômico brasileiro

A Constituição Federal brasileira adotou o sistema econômico capitalista como se infere da análise dos princípios constitucionais que regulam a economia nacional, mormente dos princípios de livre iniciativa econômica (art. 170, *caput*), da livre concorrência (art. 170, IV) e da propriedade privada dos bens, abrangendo os meios de produção (art. 170, II). Nesse sentido, José Afonso da Silva aduz que "a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, *caput*, incs, II e IV)".[353]

A ordem econômica da Constituição brasileira optou por uma economia de mercado orientada pelos princípios do liberalismo econômico, porém distancia-se do modelo liberal puro e amolda-se à ideologia neoliberal, quando adota o intervencionismo econômico para garantir a liberdade de agir dos agentes econômicos e a prioridade dos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Nesse contexto, pode-se afirmar que, à luz da ideologia presente nos princípios constitucionais estatuídos, a Constituição brasileira define como opção de sistema econômico o sistema de economia de mercado capitalista.[354]

A concepção neoliberal de atuação do Estado na Economia surgiu nas últimas décadas do século XX e defende o afastamento do Estado na realização da atividade econômica e a revalorização das forças de livre mercado. Não obstante, o Estado se incumbiu da função de normatizar e regular as atividades econômicas repassadas à iniciativa privada.

O neoliberalismo econômico consiste numa revalorização das forças de mercado, sem, contudo, rejeitar a intervenção do Estado na Economia. A essência de sua doutrina econômica é a liberdade econômica como causa eficiente para o progresso social, que pode trazer um melhor atendimento das necessidades sociais e razoável distribuição de renda em razão do bom funcionamento do mercado.

Assim, o modelo econômico neoliberal se caracteriza por ser acentuadamente liberal, mas procura não descuidar da contextualização social.[355] É o modelo ideológico adotado pela Constituição Federal de 1988 para o sistema de Economia de mercado capitalista brasileiro.

---

[353] SILVA. *Op. cit.*, 2000, p. 773.
[354] GRAU. *Op. cit.*, 2005, p. 190 e 312.
[355] TAVARES. *Op. cit*. 2006, p. 64.

Apesar de o neoliberalismo propugnar a mínima intervenção estatal na Economia, o Estado, na sua função de regulador das atividades de produção e distribuição de bens repassadas, à iniciativa privada, tem no direito penal econômico um dos seus principais instrumentos de proteção dos fundamentos da economia de mercado.[356]

Nesse sentido, Juán Rodriguez Estévez aduz que:

> A presença normativa do Estado na regulação da economia obedece à decisão política de assegurar a eficaz proteção dos interesses econômicos do país. Por outro lado, grande parte desta regulação se reservou ao direito penal por ser este o instrumento mais forte com que conta o Estado para assegurar o cumprimento das normas e castigar os infratores. [357]

Faria Costa e Costa Andrade destacam que:

> decisivo tem sido o impacto da crise económica dos últimos anos que vem imprimindo força aos argumentos a favor da criminalização em matéria econômica. Apesar de supostamente conjuntural, o sindroma da crise tem tido no domínio específico do direito penal econômico um efeito homólogo ao da reivindicação law and order no plano do direito penal em geral. E tem estimulado o recurso – por vezes precipitado – à criminalização como forma de obviar aos inconvenientes da descontinuidade e dos sobressaltos da gestão econômica. [358]

Não obstante as transformações dos sistemas econômicos ensejadas pelo neoliberalismo político e econômico, verifica-se que o direito penal econômico continua em flagrante expansão,[359] circunstância comprovável especialmente a partir de 1990, dadas as diversas leis penais brasileiras – a exemplo de leis dos demais países ocidentais – referentes à matéria econômica visando a impedir que a economia de mercado – sistema econômico predominante no mundo inteiro atualmente – se transforme numa selva dominada pela lei do agente econômico mais forte.

Assim também preleciona Miguel Bajo Fernandez, que se expressa nestes termos:

> O neoliberalismo, que considera o sistema de mercado como ponto de partida, acaba por reconhecer que o Direito penal econômico é um instrumento não disfuncional, senão adequado para a manutenção de uma economia de características liberais, como o provam os delitos contra a liberdade de concorrência. [360]

---

[356] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 53.
[357] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 53.
[358] COSTA; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 348/349.
[359] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 53
[360] BAJO FERNANDEZ, Miguel. Derecho penal economico: desarrollo economico, protecion penal y cuestiones político-criminales. **Estudios del Ministerio Fiscal**. Nº 1, p. 825-842, Madrid, 1994, p. 828.

No sistema de economia de mercado proposto pela Constituição Federal brasileira, que se configura como capitalismo neoliberal, o direito penal econômico assume a missão de garantir a liberdade econômica e a livre concorrência através da incriminação de condutas que possam alterar o regular funcionamento do mercado, bem como tutelar os valores sociais inseridos como princípios constitucionais da ordem econômica vigente.

CAPÍTULO 3

DIREITO PENAL ECONÔMICO: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS E SUA MANIFESTAÇÃO COMO EXPRESSÃO DA TUTELA PENAL CONTEMPORÂNEA

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares, 2. Aspectos terminológicos, 3. A problemática da conceituação do direito penal econômico, 3.1. Conceito do direito penal econômico: concepções restrita e ampla, 3.2. A busca pelo conceito unitário de direito penal econômico, 4. As características do direito penal econômico, 5. A problemática da autonomia do direito penal econômico, 6. A proteção da ordem econômica como fundamento do direito penal econômico, 6.1. Os pressupostos constitucionais da intervenção penal, 6.2. O bem jurídico como núcleo da intervenção penal, 6.3. A ordem econômica como bem jurídico-penal, 7. O delito econômico como conteúdo do direito penal econômico, 8. O direito penal econômico como expressão da dogmática jurídico-penal contemporânea.

O direito penal econômico é, sem dúvida, uma parte muito importante do moderno direito penal e talvez uma das que tenham mais futuro. [361]

Francisco Muñoz Conde

A importância do direito penal econômico é cada vez maior.[362]

Klaus Tiedemann

O chamado direito penal econômico (ou da economia) tem sido, nos últimos tempos, matéria de larga investigação e interesse.[363]

Eduardo Correia

3.1. Considerações preliminares

Na sociedade contemporânea – a partir dos anos de 1980 e em especial dos de 1990 – os fenômenos econômicos se desenvolveram e passaram a predominar sobre todos os demais aspectos da vida social. Em contrapartida, a realização da atividade econômica tornou-se uma nova fonte de riscos para diversos bens jurídicos e a merecer um tratamento jurídico-penal para impedir/controlar a ocorrência de danos à sociedade.

Conferiram-se as observações de Martos Nuñez, nestes termos:

[361] MUÑOZ CONDE. 1982, p. 108.
[362] TIEDEMANN. 1993, p. 27.
[363] CORREIA. 1998, p. 293.

> A economia se converteu no substrato mais importante das sociedades modernas. Com efeito, cada Estado pretende desenvolver seu potencial tecnológico, industrial e agrícola, assim como aumentar o nível e a qualidade de vida de sua população. O Estado se inquieta, assim mesmo, por tudo aquilo que possa deter, falsear ou tornar anárquico este desenvolvimento socioeconômico e luta contra todas as atividades econômicas que reputa nocivas. Disso nasceu um ramo relativamente novo do Direito Penal, destinando a assegurar a proteção da ordem econômica, denominada Direito penal econômico.[364]

Em face desse cenário, na atualidade presencia-se um progressivo avanço da tutela penal sobre a atividade econômica, já que cada vez mais o direito penal se ocupa de comportamentos econômicos dos agentes econômicos (empresas, consumidor, Estado etc.), ou seja, da atividade de produção e distribuição de bens econômicos. Isso porque o direito penal é um importante instrumento de controle social que o Estado emprega para assegurar um significativo controle sobre uma das atividades que mais lhe interessa promover e regular: a econômica.[365]

Sendo assim, uma abordagem sobre determinado aspecto da tutela penal da atividade econômica exige necessariamente começar-se pela delimitação do conteúdo e limites do direito penal econômico,[366] em que pese consistir tarefa difícil seu estudo em razão de as leis penais econômicas não apresentarem uma sistematização como aquela encontrada nos demais setores da ordem jurídico-penal,[367] havendo na verdade agrupamentos de delitos, de forma improvisada e às vezes conflituosa, a respeito da atividade econômica, organizados segundo o bem jurídico atingido, mas também conforme o sujeito ativo ou sujeito passivo, ou ainda conforme uma específica política econômica referente a determinado produto etc.[368] Com efeito, vislumbra-se difícil conceber unitária e homotipicamente as infrações de direito penal econômico. Desta feita, Nilo Batista[369] aduz que "o direito penal econômico brasileiro é basicamente constituído por um aglomerado de normas de caráter especial, isto é, que compõem tipos penais, e algumas poucas – e quase sempre infelizes – de caráter geral".

---

364 MARTOS NUÑEZ. *Op.cit.*, 1987, p. 120.
365 RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 29/30.
366 Nesse sentido: DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 321.
367 BRANDÃO, Cláudio. O direito penal econômico e os crimes de concorrência desleal. **Revista da Faculdade de Direito de Olinda,** vol. 2, nºs 2-3, p. 107-124, Olinda: Associação de Ensino Superior de Olinda, jan./dez. de 1998, p. 108.
368 BATISTA, NILO. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, p. 78-89, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982, p. 82.
369 BATISTA. *Op. cit*., 1982, p. 85.

A respeito da deficiência legislativa do direito penal econômico, Gerson Santos destaca que:

> Em sua maioria, os textos penais, particularmente fragmentários em matéria econômica, são desconhecidos, imprestadios tecnicamente, mancos. [370]

Heleno Cláudio Fragoso é preciso ao apontar a deficiência técnica da legislação penal econômica nos seguintes termos:

> A precaríssima legislação penal dos últimos tempos proporciona, igualmente, material para análise critica em outros setores, notadamente, em relação ao Direito penal tributário e econômico. Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que leva os juristas à perplexidade. Tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente, e, no que tange ao Direito penal, que são feitas por leigos. [371]

Em outro momento, Heleno Cláudio Fragoso, ao discorrer sobre o direito penal econômico acentua que:

> Na matéria de que nos ocupa, o direito penal brasileiro se caracteriza pela completa e rotunda ineficácia. As leis são, em geral, mal feitas, desatualizadas e lacunosas. [372]

Em face dessa situação, Novazzi Pinto[373] salienta que os intérpretes penais assistem com espanto, desde os anos de 1950, à elaboração de leis penais econômicas em que caracterizam pela deficiência da técnica legislativa empregada para formular o tipo penal econômico.

Não obstante a dificuldade da tarefa, nos itens subsequentes deste capítulo busca-se apresentar os fundamentos jurídicos e as características do direito penal econômico, que se constitui como o principal instrumento estatal de proteção da Economia e a mais evidente expressão da dogmática jurídico-penal elaborada na contemporaneidade.

---

370 SANTOS, Gerson Pereira dos. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1981, p. 92. Vide em René Ariel Dotti (O direito penal econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, p. 131-158, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982, p. 141) extensa relação de textos legais referentes à ordem econômica, elaborados entre os anos 60 e70, eivados de precariedade e deficiências legislativas.

371 FRAGOSO, Heleno Cláudio. O novo direito penal tributário e econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano III, nº 12, 1966, p. 63/64.

372 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982, p. 127.

373 PINTO. *Op.cit*., 2009, p. 71. Sobre as imperfeições técnicas da legislação penal econômica vigente, é referência a obra desse autor, em especial as páginas 156 a 159 e 162 a 229.

3.2. Aspectos terminológicos

Cumpre, *ab initio*, resolver uma divergência de perspectiva sobre o direito penal econômico que aflora desde o nível da própria terminologia a ser empregada para se referir a esse objeto de estudos.

Vislumbra-se, de plano, que não há uniformidade no que se refere à denominação do conjunto de normas jurídicas que tutelam penalmente a Economia, pois várias são as designações, a saber: a) *Diritto penale dell'Economia* (direito penal da Economia − Itália); b) *Droit pénal des affaires* (direito penal dos negócios – França); c) *Wirtschaftsstrafrecht* (direito penal econômico – Alemanha); d) *Business crime* (crime econômico – Inglaterra); e) *White collar criminallity, corporate crime ou occupational crime* (crime do colarinho branco ou criminalidade ocupacional – Estados Unidos da América); f) *Derecho penal socioeconómico* e *Derecho penal económico* (Espanha e Argentina); g) *Derecho penal de la empresa* e *Diritto penale dell'impresa* (Espanha e Itália); h) Direito penal econômico (Portugal e Brasil).[374] Em todas essas denominações verifica-se que se levam em consideração as características da conduta criminosa e também do seu autor para sua formulação designativa. Para Klaus Tiedemann,[375] essa variedade terminológica obstucaliza o desenvolvimento do pensamento científico, bem como o intercâmbio de experiências e o desenvolvimento das reformas penais.

Não obstante, a denominação direito penal econômico é mais adequada para se designar o conjunto de normas decorrentes da intervenção jurídico-penal na Economia, haja vista prevalecer a ideia de tutela penal do sistema econômico e de repressão aos atos atentatórios à ordem econômica estabelecida pelo Estado. Por outro lado, cabe salientar que a terminologia direito penal econômico foi consagrada pela AIDP (Associação Internacional de Direito Penal), que em seu XIII Congresso, no Cairo em 1984, aprovou a seguinte Resolução: "4. A expressão Direito penal econômico se emprega aqui para circunscrever os delitos contra a ordem econômica", sendo ainda adotada pelas dogmáticas penais alemã, espanhola, portuguesa e brasileira.[376]

Em que pesem as considerações acima, reconhece-se a possibilidade de especialização em ramos distintos dentro do próprio direito penal econômico, a ponto de ser correto se referir a um direito penal tributário, direito penal antitruste e, principalmente, a um direito penal

[374] CORREIA. *Op. cit.*, 1998, p. 295/296; TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 9.
[375] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 9.
[376] COSTA; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 349 e 362.

empresarial (ou da empresa), podendo esta última denominação até mesmo vir, no futuro, a substituir a expressão direito penal econômico, já que uma economia de mercado exige, fundamentalmente, a empresa como principal protagonista da atividade econômica, e também porque na atualidade esse ente coletivo tem se apresentado como uma nova fonte de riscos a diversos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Para além disso, verifica-se que os delitos econômicos são cometidos, regra geral, por empresas e não por indivíduos *per se*. Por isso a tendência será o emprego da denominação direito penal da empresa.[377]

[377] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 67-72; ARAÚJO JUNIOR. *Op. cit*., 1999, p. 151.

3.3. A problemática da conceituação do direito penal econômico

A conceituação de direito penal econômico é um ponto de grandes divergências e desencontros na dogmática jurídico-penal. Isso porque apesar de numerosos e prolongados esforços das ciências criminais o seu conceito ainda não pode ser considerado claro e unívoco, mormente no âmbito dos estudos de direito comparado. Essa discrepância a respeito de uma definição consensual para este setor do direito penal dificulta o desenvolvimento do pensamento científico, o intercâmbio de experiências e o avanço de reformas penais.[378]

A dificuldade da conceituação do direito penal econômico decorre de sua estreita vinculação à Economia e ao direito econômico, que são áreas do conhecimento humano fortemente influenciadas pela multiplicidade de fatores sociais condicionantes da atividade econômica e por diversas concepções ideológicas que contribuem para a formulação de conceitos e modelos econômicos particulares. É nesse sentido que Figueiredo Dias e Costa Andrade,[379] ao apontar o fracasso das tentativas de demarcação conceitual do direito penal econômico, destacam que a "acentuada historicidade, o dinamismo e o caráter nacional deste direito condenam inescapavelmente os autores ao desencontro, porquanto têm de haver-se com realidades diversas".

A divergência acerca do conceito de direito penal econômico pode ser facilmente verificada a partir da variedade de definições que lhe são atribuídas pela doutrina penal. No Brasil, *verbi gratia*, Manoel Pedro Pimentel[380] o conceitua como "conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes".

Na Espanha, Bajo Fernández[381] define-o como o "conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica". Em Portugal, Figueiredo Dias e Costa Andrade, a partir da noção de direito econômico, consideram o

> Direito Penal Económico como defesa penal 'da economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais'. Seriam assim delitos econômicos os 'que danificam ou põem em perigo a ordem econômica como um todo'. Concretizando, pertenceriam ao Direito Penal Económico todas as

[378] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 9.
[379] DIAS; ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 332.
[380] PIMENTEL. *Op. cit.*, 1973, p. 10.
[381] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit.*, 2001, P. 11.

> normas incriminadoras que se inserem 'na direcção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle de preços, na luta contra os cartéis e práticas restritivas da concorrência e, a partir sobretudo de 1950, na promoção da economia através, principalmente, das subvenções'.[382]

Na Alemanha, Klaus Tiedemann,[383] adotando um conceito limitado, considera o direito penal econômico como "aquelas partes do direito penal que tutelam primordialmente o bem jurídico constituído pela ordem econômica estatal em seu conjunto, e, em conseqüência, o fluxo da economia sua organacidade, em uma palavra, a economia nacional".[384]

Em todos esses conceitos acima transcritos exsurge destacado um aspecto, que vem a ser a referência à finalidade do direito penal econômico de proteger os bens e interesses humanos relacionados à Economia ou ao exercício da atividade econômica.

Por outro lado, cumpre mencionar que Ariel Dotti[385] aduz que embora essas definições contenham elementos adequados à sua intelecção, surgem dificuldades quando se pretende identificar a objetividade jurídica, distinguindo-se as múltiplas conformações dos bens na relação econômica. Isso porque dentro da expressão direito penal econômico podem ser identificadas várias especialidades, tais como: direito penal societário, comercial, tributário, ambiental etc.

Em face das divergências a respeito da conceituação do direito penal econômico, neste item busca-se apresentar as duas principais concepções para sua definição, intentando estabelecer uma definição em conformidade com o contexto econômico contemporâneo. Não obstante, há quem entenda não se poder estabelecer *a priori* um conceito de direito penal econômico de alcance universal[386], haja vista os sistemas econômicos nacionais distinguirem-se por suas particularidades.

---

[382] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 336.

[383] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 18/19. Vide também : TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales.** Ano 4, nº 5 a8, p.461/475, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1975, p. 471.

[384] Cabe mencionar que Perez Del Valle (Introdução al derecho penal econômico. *In* BACIGALUPO, Enrique (Dir.). **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2004, p. 35) entende que é possivel conceituar o direito penal econômico a partir da caracterização do delito econômico, nestes termos: "são delitos econômicos aqueles comportamentos descritos nas leis que lesionam a confiança na ordem econômica vigente com caráter geral ou em alguma de suas instituições em particular e, portanto, põem em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica. Por tanto, o Direito penal econômico em sentido estrito está dedicado ao estudo destes delitos e das conseqüências jurídicas que as leis prevêem para seus autores".

[385] DOTTI. *Op. cit*., 1982, p. 144.

[386] CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Ano 11, Nº 43, p. 81/108, São Paulo: Editora RT, ab./jun de 2003, p. 105.

3.3.1 Conceito do direito penal econômico: concepções restrita e ampla

A delimitação conceitual do direito penal econômico deve necessariamente partir do conceito de bem jurídico-penal, entendido este como um interesse social a ser tutelado por uma norma penal. Em face disso, desde metade do século passado até a década de 1980 a doutrina penal, em sua grande maioria, buscou a conceituação do direito penal econômico empregando como parâmetro a ideia do bem jurídico protegido, por se considerar que era o único que permitia evitar ambiguidades e contradições, possibilitando assim conclusões homogêneas.[387]

Nesse período, surgiram diferentes vertentes de objetividade jurídica a respeito da definição do direito penal econômico, muitas delas não eram excludentes mas complementares de outras concepções de conteúdo mais preciso. Dentre as principais concepções destacam-se: a) a corrente que emprega a ideia de *Economia em seu conjunto* como o objeto de proteção, conceituando-se o direito penal econômico como o elenco de condutas puníveis que se dirigem contra o conjunto total da Economia ou contra as instituições fundamentais desse conjunto (Lindemann).[388] Essa concepção foi adotada em algumas opiniões sustentadas durante o VI Congresso da AIDP sobre direito penal econômico, realizado em Roma – 1953, que se referiam às "normas para assegurar a economia em sua totalidade, independentemente do fim da política econômica";[389] b) outra concepção adotava o fenômeno da planificação da Economia como objetividade do direito penal econômico, para considerá-lo como as normas que visavam tutelar a organização e planificação da economia dos Estados;[390] c) houve quem adotasse a noção de liberdade econômica (Jescheck) e a de iniciativa privada (Ludjer), para considerar o direito penal econômico como normas para garantir o funcionamento das regras de mercado; d) por fim, a concepção mais difundida até os anos de 1980 e ainda de grande aceitação é aquela que

---

[387] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 85.

[388] Manuel da Costa Andrade (A nova lei dos crimes − Dec.-Lei n 28/84, de 20 de janeiro − à luz do conceito de bem jurídico. *In* **Direito penal económico e europeu**.Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 400) assinala que Kurt Lindemann publicou em 1930 um texto que se pode considerar a primeira monografia sobre o conceito de direito penal econômico – com o título de *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?* –, definindo-o como o ramo do ordenamento destinado à defesa da "Economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais".

[389] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 85.

[390] AFTALION. *Op. cit*., 1966, p.86.

considera como o bem jurídico-penal tutelado a ordem econômica, sendo o direito penal econômico o conjunto de normas que tutelam a ordem econômica estabelecida pelo Estado. [391]

No que concerne a esta última concepção, Bajo Fernandez[392] ensina que a chave para se compreender em toda sua profundidade o sentido e o alcance da definição do direito penal econômico se baseia no objeto de sua proteção: a ordem econômica. O referido autor destaca ainda que para se manter o equilíbrio entre a defesa de valores patrimoniais individuais e outros de caráter público, ou mesmo entre a economia de livre mercado e a economia dirigida, deve-se conceber a ordem econômica numa dupla perspectiva, ensejando as duas concepções de direito penal econômico: uma estrita e outra ampla.

Cabe conferir as considereações de Miguel Bajo Fernández a respeito desse duplo conceito de direito penal econômico, *in verbis*:

> Já Zirpins-Terstegen apontam a oportunidade de distinguir entre um conceito estrito e outro amplo, e este parece ser o único meio de conseguir uma certa univocidade. Com efeito, quem não tem procedido a distinção tem caído em definições imprecisas, equivocadas e, portanto, inúteis, ao considerar ultima diferença do conceito algo tão vago como os efeitos lesivos para a Economia. Esta vaguidade pode, sem embargo, ser evitada se, partindo da ordem econômica como objeto de proteção, se configura seu conteúdo na linha de distinguir entre a concepção ampla e a estrita. [393]

Por conseguinte, até a década de 1980 o direito penal econômico apresentava uma fisionomia que, de modo geral, supunha uma adoção de uma conceituação bidimensional:[394]

a) Adotava-se um conceito restrito, que sob essa perspectiva considerava o direito penal econômico como o setor jurídico que garantia com cominações penais a direção e o controle estatal da Economia.

b) Admitia-se também ao lado do conceito anterior um conceito amplo de direito penal econômico, que sob esse prisma é definido como o conjunto de normas jurídico-penais destinadas a proteger a ordem econômica, entendida esta como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Cumpre apresentar os conceitos estrito e amplo de direito penal econômico e as consequências em razão de sua adoção pela dogmática jurídico-penal.

---

[391] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 85/86.
[392] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit*., 2001, p. 12.
[393] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit*., 2001, p. 12.
[394] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 87.

I. Direito penal econômico em sentido estrito

O conceito restrito de direito penal econômico foi formulado a partir da adoção do instituto de bem jurídico-penal como parâmetro para definição deste setor da dogmática jurídico-penal. Sob essa concepção o direito penal econômico tem por objeto de tutela a ordem econômica em sentido estrito, que é compreendida exclusivamente como a atividade estatal de intervenção e direção da Economia, referindo-se ainda à regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia e à tutela dos interesses patrimoniais individuais.[395]

É em face desse contexto que Klaus Tiedemann[396] pontifica que o direito penal econômico, em sentido restrito, é concebido como um direito de direção da Economia pelo Estado, pois tem como missão proteger os objetivos da planificação econômica.

Nessa concepção estrita, Bajo Fernandez[397] conceitua o direito penal econômico como: "o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia".

Sob esse prisma o direito penal econômico é considerado como o grau mais intenso de intervenção do Estado nas atividades econômicas mediante o exercício do *jus puniendi*, sendo sua finalidade pôr a Economia nacional em seu conjunto ao amparo do intervencionismo estatal.[398]

Raúl Cervini[399] destaca três consequências decorrentes da concepção de direito penal em sentido estrito: a) sua missão radica na proteção de interesses individuais dos particulares ou do Estado, mas não alcança a tutela dos interesses coletivos ou supraindividuais; b) considera-se que seu conjunto de normas jurídico-penais somente protegem a ordem econômica; c) por ordem econômica se compreende a regulação jurídica da intervenção estatal na Economia.

Assim, sob esse prisma o direito penal econômico é o ramo da dogmática penal que reforça com cominações penais a direção e o controle estatal da Economia.

Sobre o conceito restrito de direito penal econômico, Esteban Righi aduz que:

---

[395] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 87.
[396] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 19.
[397] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit*., 2001, p. 13.
[398] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit.,* 2001, p. 13.
[399] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 87.

> Este é o único conceito que resulta de utilidade, pois ficam compreendidas tanto as hipóteses de intervenção anti-crises como as de promoção do desenvolvimento; as hipóteses de proteção da economia de mercado e também a tutela de instrumentos de dotação forçosa de recursos. Assim, pertence ao direito penal econômico tanto o monopólio que afeta a livre concorrência como as hipóteses de lesão a medidas estatais que impedem o acesso a um mercado a determinadas pessoas, como, por exemplo, um investidor estrangeiro.[400]

Bajo Fernández[401] aduz que esse conceito tem validez em todo sistema econômico, haja vista que qualquer sistema tem uma ordem econômica a proteger. Por outro lado, o referido autor destaca que esse conceito restrito diverge da concepção criminológica a respeito da criminalidade econômica, que emprega as características criminológicas do agente (condição de comerciante, industrial, empresário etc.) para definir o criminoso econômico, bem como admite a condição do consumidor como digna de proteção penal econômica. Assim, propôs um conceito amplo do direito penal econômico para que se possa alcançar uma congruência entre os estudos científicos de caráter jurídico e os de caráter criminológicos.

II. Direito penal em sentido amplo

A concepção ampla do direito penal econômico tem sua origem na concepção que o conceitua a partir da ideia da ordem econômica como bem jurídico-penal, que sob esse prisma é considerada como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens econômicos (bens e serviços).[402]

O conceito amplo de direito penal econômico é influenciado por uma visão pragmática que busca agrupar em seu teor todos os tipos penais com significação econômica, bem como pelas investigações criminológicas sob o *white collar crime* que prescinde a noção de bem jurídico-penal e centra suas preocupações nas características dos agentes.[403]

Por outro lado, Bajo Fernandez[404] destaca que esse conceito amplo de direito penal econômico estabelece a congruência entre os estudos científicos de caráter jurídico e os de caráter criminológicos a respeito dos delitos econômicos.

---

[400] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 321.
[401] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit*., 2001, p. 14.
[402] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 86/87.
[403] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 88.
[404] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit*., 2001, p. 14.

Bajo Fernandez[405] conceitua o direito penal econômico em sentido amplo como: "o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida esta como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços".

A conceituação ampla do direito penal econômico apresenta as seguintes características: a) define este setor como conjunto de normas que tutela a ordem econômica em sentido amplo, isto é, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens econômicos; b) o objeto de proteção em primeiro lugar são os interesses patrimoniais individuais do Estado ou do cidadão; c) os bens supraindividuais relacionados com a regulação econômica do mercado são tutelados em segundo lugar.[406]

Nessa concepção o direito penal econômico visa tutelar a atividade econômica no âmbito da economia de mercado. Para além disso, esse conceito amplia consideravelmente os limites deste setor para apresentar a ordem econômica como um bem jurídico-penal de segunda classe, após os interesses patrimoniais individuais.[407]

Esteban Righi[408] destaca que essa concepção ampla tem como consequências inevitáveis a dificuldade de: a) delimitar o âmbito do direito penal econômico, pois há tanta imprecisão que não se consegue fixar o seu conteúdo, como se verifica a partir da heterogênea enumeração de tipos penais considerados como parte deste setor que compreende normas referentes à ordem tributária, meio ambiente, relação de consumo, atividade empresarial, atividade bancária, cartéis, monopólios etc.; b) precisar a noção do que se deve entender como delito econômico, pois definido como a infração que lesiona ou põe em perigo a um bem jurídico patrimonial individual e em segundo plano a ordem econômica em sentido amplo.

Assim, Esteban Righi[409] aduz que a virtude de harmonizar os estudos científicos de caráter jurídico e os de caráter criminológico a respeito dos delitos econômicos com o conteúdo do direito penal econômico que se adjudica nessa concepção ampla não compensa a imprecisão e a confusão que inevitavelmente se produzem com sua formulação.

Desde meados da década de 1980, Klaus Tiedemann[410] destaca que a concepção ampla do direito penal econômico é uma solução conciliatória e obedece a uma clara tendência internacional, uma vez que considera como delito econômico tanto as infrações às normas de

---

[405] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit.*, 2001, p. 14/15.
[406] CERVINI. *Op. cit.*, 2003, p. 88.
[407] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit.*, 2001, p. 15.
[408] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 321/323.
[409] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 321/323. Sobre críticas ao conceito amplo de direito penal econômico vide também: CERVINI. *Op. cit.*, 2003, p. 90 e segs.
[410] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 20.

planificação estatal da Economia como o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica nacional.

O referido autor pontifica ainda que esse também foi o critério unânime do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, sobre *O conceito e os princípios fundamentais do direito penal econômico e da empresa*, realizado no Cairo em 1984.[411] Entre a*s Recomendações* desse evento, merecem destaque as seguintes:[412]

> 1. A delinqüência econômica e da empresa afeta com freqüência ao conjunto da economia ou a setores importantes da mesma e resulta hoje de especial interesse em numerosos países independentemente de seus sistemas econômicos.
> [...]
> 4. A expressão Direito penal econômico se emprega aqui para circunscrever os delitos contra a ordem econômica. A expressão Direito penal da empresa se refere aos delitos cometidos no âmbito das empresas privadas e públicas. Ambas as expressões se encontram intimamente relacionadas no sentido de que os delitos lesionam regulações legais que organizam e protegem a vida econômica.

Na atualidade, quando se observa o panorama do direito penal econômico, infere-se que ainda prevalece a adesão a sua concepção ampla em decorrência de múltiplos fatores, tais como: a) a extinção da Economia planificada; b) o predomínio da Economia de mercado entre todos os países; c) a necessidade pragmática de se estabelecer uma categoria aglutinante das mais variadas agressões à vida social; d) a crescente tendência de postergar os rigores sistemáticos da dogmática penal.[413]

Esse contexto enseja três conclusões, a saber: a) verifica-se uma expansão do direito penal econômico; b) essa expansão ocorre tanto no Direito codificado como na legislação extra-código; c) que esse acelerado processo expansivo tem sido realizado carecendo de toda prudência, coerência e mínima afinidade com os princípios dogmáticos da ciência penal.[414]

---

[411] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 20.
[412] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 133.
[413] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 89.
[414] CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 89.

3.3.2 A busca pelo conceito unitário de direito penal econômico

São grandes os esforços para a elaboração de um conceito unitário de direito penal econômico, porém há quem entenda que nunca se poderá obter um conceito universal, sob a alegação de que um conceito claro do que é econômico é difícil e apresenta um caráter descritivo-enumerativo que nunca se poderá estimar por completo.[415]

Ainda assim, é de se reconhecer que o conceito dual – restrito e amplo – de direito penal econômico não mais se justifica no contexto econômico contemporâneo e deve ser superado pela elaboração de um conceito unitário que sirva para todos os sistemas jurídico-penais. Nesse sentido, Celso Coracini[416] aduz que: "Não se compreende, contudo, a necessidade de se formular, em tais moldes, duas acepções do direito penal econômico." Entende, o referido autor,[417] que embora seja recomendável o tratamento diferenciado das situações que atingem os diversos aspectos do bem jurídico-penal econômico (a regulação da Economia, atividade econômica privada ou pública etc.), não é conveniente essa especificidade das situações no plano de conceituação do direito penal econômico.

Com efeito, a superação do conceito dual de direito penal econômico se fulcra nas seguintes razões; a) são conceitos doutrinários formulados na década de 1970, época na qual o mundo econômico se dividia entre Economias planificadas e capitalistas; [418] b) baseiam-se nas acepções restrita e ampla da ordem econômica, que decorrem do contexto econômico da época em foram formulados; c) na atualidade há o completo predomínio da Economia de mercado e a conseqüente extinção da Economia planificada; d) não mais se justifica a dupla concepção doutrinária da ordem econômica, haja vista o contexto econômico contemporâneo.

Celso Coracini apresenta um conceito unitário deste modo:

> Direito penal econômico é a disciplina especial do direito penal que, em último grau, protege bens jurídico-penais (econômicos), com alcance meta ou supraindividual, de condutas que os lesionem ou que sejam capazes de lesioná-los, perturbando, ou desestabilizando, a ordem econômica desse Estado, compreendida ela como a confluência dos elementos da economia nacional, a apresentar uma dada organização (em que mercado e Estado são os principais atores, e os fatores de produção e de oferta de bens seu principal objeto), cabendo ao Estado a histórica missão de, em maior ou

---

415 CERVINI. *Op. cit*., 2003, p. 95.
416 CORACINI. *Op. cit*., 2004, p.439.
417 CORACINI. *Op. cit*., 2004, p.439.
418 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal económico aplicado a la atividade empresarial.** Madrid: Editorial Civitas, 1978, p. 36/40.

> menor grau, intervir sobre essa realidade com o fim de preservar sua estabilidade e o bem-estar social. [419]

Por sua vez, Martos Nuñez formula um conceito unitário nesses termos:

> Direito penal econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem o sistema econômico constitucional.
> Por sistema econômico constitucional há de se entender o conjunto de instituições e mecanismos de produção, distribuição, consumo e conservação de bens e serviços que fundamentam a ordem socio-econômica justa, objetivo essencial do Estado social e democrático de Direito. [420]

Por meio desse conceito, Martos Nuñez[421] busca sintetizar as concepções restrita e ampla do direito penal econômico a partir da noção de sistema econômico, considerado aqui como o bem jurídico-penal tutelado por este setor da dogmática penal.

Não obstante sua qualidade, o conceito acima apresentado revela uma deficiência ao indicar como bem jurídico-penal econômico a ideia de sistema econômico. Isso porque o bem jurídico penal tutelado pelo direito penal econômico é a ordem econômica.[422]

Cumpre, portanto, apresentar um conceito unitário de direito penal econômico que possa sintetizar adequadamente a ideia contida nas concepções ampla e restrita, a saber: a finalidade de tutelar os elementos da Economia abrangidos pela ordem econômica nacional. Para tanto, deve-se considerar que: a) a ordem econômica é o bem jurídico-penal tutelado pelo direito penal econômico; b) a ordem econômica é a chave[423] para a elaboração e compreensão do conceito do direito penal econômico; c) em face do contexto econômico contemporâneo, no qual predomina a economia de mercado, não mais se justifica uma dupla concepção de ordem econômica nacional.

Em face das considerações supra, pode-se conceituar o direito penal econômico como o conjunto de normas jurídico-penais que tutelam a ordem econômica nacional,[424] compreendendo-se esta como a *ordem jurídica da Economia*, isto é, a estrutura jurídica

---

[419] CORACINI. *Op.cit*., 2004, p.439.
[420] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 130.
[421] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 131.
[422] Cabe mencionar que sistema econômico compreende um conjunto de instituições econômicas e jurídicas adotado por uma sociedade para enfrentar a insuperável escassez dos bens econômicos. Assim, a explicação de Martos Nuñez sobre sistema econômico é mais adequada para a idéia de ordem econômica nacional.
[423] BAJO FERNANDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit*., 2001, p. 11.
[424] Nesse mesmo sentido é o conceito geral de Bajo Fernadez (*op. cit*., 2001, p. 11).

ordenadora dos elementos[425] que configuram o sistema econômico constitucionalmente estatuído. Assim, ordem econômica é o conjunto de normas jurídicas que dispõe sobre a realização concreta do modelo econômico adotado pela Constituição.[426] Noutros termos, a ordem econômica constitui a regulamentação normativa da atividade econômica, que se realiza por meio da produção, circulação, distribuição e consumo de bens econômicos. Cumpre mencionar, a respeito da ordenação jurídica da economia nacional, que o Estado brasileiro, nos dispositivos constitucionais dos arts. 170 a 192, intervém regulando, fiscalizando, incentivando e planejando a atividade econômica ou, subsidiariamente, exercendo-a diretamente quando necessário.

Em que pese esse conceito geral possa sirvir para qualquer ordenamento jurídico-penal, deve-se reconhecer que a conformação interna da ordem econômica depende do contexto sociojurídico no qual se insere, pois sua configuração varia segundo o sistema econômico adotado pelo Estado.

No caso do Estado brasileiro, a ordem econômica estabelecida adota os princípios da propriedade privada e da livre concorrência no marco da economia de mercado. Por sua vez, o direito penal econômico é o conjunto de normas penais destinadas a assegurar o livre jogo das estruturas econômicas capitalistas e a proteção dos indivíduos na realização e execução das relações econômicas contraídas livremente entre si.

---

[425] Joseph Lajugie (*op. cit*., 1993, p. 8) ensina que os sistema econômicos são compostos de elementos técnico (processos técnicos de produção econômica), psicológico (móvel que impulsiona o agente econômico), político-social, regime político e regime econômico.

[426] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 82/83.

3.4. As características do direito penal econômico

O direito penal econômico busca assegurar a livre realização da atividade econômica, em face do que é influenciado pela vivaz agilidade dos fatos econômicos e pelas leis do mercado, que visam à expansão da produção e do consumo de bens econômicos. Nesse contexto o direito penal econômico apresenta características próprias que o distinguem na dogmática jurídico-penal.

Como setor da dogmática penal, o direito penal econômico se caracteriza por ser um ramo jurídico artificial e intimidante.

O *caráter artificial* do direito penal econômico decorre da circunstância de que os crimes econômicos, como delitos artificiais que são, variam segundo o grau de civilização, de moral, da evolução política ou social de determinada sociedade, diferentemente dos delitos que tradicionalmente todo ordenamento jurídico reprime, porquanto afetam os sentimentos humanos mais profundos (como ocorre com o homicídio, o roubo etc.). Disso provêm três características deste setor da dogmática penal: a) *temporalidade*, que significa que o direito penal econômico é constantemente adaptado à mobilidade dos fatos econômicos. Destaca-se que essa mobilidade da área econômica é compulsiva, pois um fato permitido ontem, é proibido hoje e volta a ser licito amanhã; b) *particularista*, uma vez que este setor penal se interessa pelos mínimos detalhes do exercício da atividade econômica; c) *amoralidade*, no sentido de que o delito econômico, por ser infração de caráter artificial, parece não refletir uma atitude imoral do agente, como aquela que se costuma atribuir aos delinquentes nos crimes que afetam os sentimentos humanos básicos, mas tão somente uma desobediência a uma ordem da autoridade estatal. A prática de um delito econômico, *grosso modo*, não é vista como uma violação a uma lei penal e aos princípios éticos e de justiça que permeiam determinada sociedade. Isso porque a artificialidade e o tecnicismo do direito penal econômico diminuem a percepção do delito econômico como um ato imoral.[427]

O *caráter intimidante* do direito penal econômico refere-se ao grau de rigorosidade das sanções penais deste setor, que comina penas privativas de liberdade e penas pecuniárias com elevado *quantum* de severidade.[428] Enrique Aftalion[429] pontifica que o legislador atribui

---

[427] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 199/200.

[428] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 200. Enrique Aftalión (*op. cit*., 1959, p. 32) ensina que as sanções penais econômicas se caracterizam também pela sua grande variedade de modalidades, muitas delas desconhecidas para o direito penal clássico.

[429] AFTALION. *Op. cit*., 1959, p. 32/33.

essa severidade às sanções penais econômicas em face das seguintes circunstâncias: a) a peculiar psicologia do agente do crime econômico, que está habituado a calcular friamente o que lhe é mais conveniente: ajustar-se às regulamentações ou correr o risco de ser punido por sua infração; b) o avanço da criminalidade econômica e a necessidade de controlá-la com eficácia, de modo imediato, a fim de evitar os efeitos danosos de sua difusão. O referido autor aduz ainda que a criminalidade econômica é a espécie de criminalidade mais influenciada pelo efeito inibitório de uma severa cominação de pena criminal. Não obstante, destaca que o êxito da luta contra a criminalidade econômica não deve se basear somente na severidade das sanções, pois é necessário também realizar um trabalho de doutrinação dos cidadãos para convencer a coletividade de que as normas que regulam a área econômica não são impostas por capricho estatal, mas uma exigência das circunstâncias do contexto contemporâneo, cujo acatamento traz bem-estar a toda a sociedade.

Nesse sentido, o VI Congresso da AIDP, realizado em Roma – 1953, aprovou a seguinte *Recomendação*[430]:

> A estrita salvaguarda das regulamentações, ameaçadas pelo atrativo das lucrativas operações proibidas assim como pelas continuas repercussões de cada operação sobre outras, exige antes de tudo uma prevenção diligente. A educação daqueles que pertencem aos círculos interessados, que devem seguir exercendo sua profissão ou ofício, constitui um dos melhores meios para processar sua atividade.

Quanto ao conteúdo, o direito penal econômico apresenta duas características essências: variabilidade e tecnicismo.

A variabilidade do direito penal econômico indica o grande grau de mutabilidade de suas normas por influência da conjuntura e política econômicas.

Confira-se o entendimento de Martos Nuñez, que se pronuncia nesses termos:

> Com efeito, a alternância de períodos favoráveis e de períodos desfavoráveis desde o ponto de vista econômico suscita modificações no interior do direito penal econômico. Daí a importância das guerras e recessões. A política econômica eleita pelo Estado, seja a favor de um sistema liberal ou bem a favor de um sistema dirigista, contribui à variabilidade do conteúdo do direito penal econômico, ainda que a seleção estatal suponha uma chamada ao Direito penal ou, pelo contrário, conceda uma grande importância ao Direito extrapunitivo. [431]

---

[430] AFTALION. *Op. cit.*, 1959, p. 35.
[431] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 212.

De modo semelhante, Faria Costa[432] também leciona que: "o direito penal económico, sobretudo muitos dos tipos legais de crime que o integram, está fortemente dependente das conjunturas económicas e dos grandes ciclos de expansão e de retracção". Assim, quando a Economia, considerada em sentido amplo, sofre fortes convulsões verificam-se eventuais modificações no direito penal econômico. Todavia, tais alterações costumam ocorrer mais frequentemente na flutuação que os tipos penais suscitam ou permitem, e não no âmbito da estrutura nacional da dogmática jurídico-penal.[433]

A variabilidade do direito penal econômico divide-se em: variabilidade material e variabilidade técnica do direito penal econômico. Na primeira o legislador interessa-se pela matéria econômica (preços, livre concorrência, proteção ao consumidor etc.), enquanto a segunda refere-se a modificação muito frequente dos textos ou ao surgimento de novos textos legais.[434]

O tecnicismo do direito penal econômico radica na sua necessária conexão com os *mecanismos econômicos* (preços, concorrência, crédito etc.) e de *investigação científica* das infrações (fraudes etc.). Assim, afirma-se que o direito penal econômico é, em grande medida, um ramo jurídico de especialistas, de técnicos.[435]

O direito penal econômico enquanto área de intervenção incriminadora apresenta as características explanadas nos parágrafos abaixo.[436]

Ensina Faria Costa[437] que o direito penal econômico apresenta uma tendência à *voracidade*, ou seja, demonstra um caráter expansivo. Isso porque este setor penal origina-se e se consolida afirmando-se como uma disciplina de tendência marcantemente expansionista. Em que pese seu início ter sido tímido e seu espaço de atuação ter sido duramente conquistado, o direito penal econômico "rapidamente e até talvez como forma de sobrevivência, chama para o seu campo todas as áreas de incriminação que lhe são conexas. Daí que se sustente, quase desde o inicio do aparecimento do direito penal econômico, que o estudo sistemático das incriminações no âmbito do direito fiscal, do direito financeiro, do

[432] COSTA, José de Faria. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 66/67.
[433] COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 66/67.
[434] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 212.
[435] MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 212.
[436] COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 33/59.
[437] COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 33/37.

direito da segurança social, etc., deva ser levado a cabo sob o beneplácito do direito penal econômico".[438]

A respeito do caráter expansivo do direito penal econômico, são oportunas as lições abaixo:

> 1. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO
> A política criminal atual se caracteriza por encontrar-se claramente em uma fase de Expansão e não de redução. Por esta razão a expansão do Direito penal tem passado a ser um topos característico do debate político-criminal moderno. O Direito penal econômico se encontra desde meados dos anos setenta no centro deste debate que condiciona poderosamente o desenvolvimento de uma teoria político-criminal dos delitos econômicos, mas que sem dúvida excede o âmbito específico destes delitos, alcançando uma dimensão geral sobre a desejável evolução do Direito penal nos países da União européia. [439]

Assinala-se que com esse caráter expansivo está em andamento um evidente processo de criminalização, que no horizonte das reformas penais parece não ter fim no âmbito do direito penal econômico.[440]

Assim, verifica-se que o direito penal econômico é uma das raras áreas do ordenamento jurídico-penal na qual o movimento de *neocriminalização* sobreleva claramente a influência do movimento geral da *descriminalização*.[441]

O direito penal econômico também se caracteriza pela dimensão supraindividual dos bens jurídico-penais por si tutelados. Isso porque a complexidade do fenômeno econômico exige que a proteção penal não se destine apenas aos interesses individuais, pois há condutas, não obstante não atingirem uma concreta pessoa, que lesionam difusamente todos os membros da comunidade econômica em que foram praticadas. Sendo assim, o direito penal econômico é visto, sobretudo, como um direito que tutela bens jurídicos supraindividuais,[442] pois sua missão consiste em proteger os elementos essenciais da Economia estruturados juridicamente pela ordem econômica constitucional. Esses elementos são bens jurídicos de conteúdo econômico cuja titularidade é difusa, ou seja, transindividual, a ponto de a lesividade da conduta tipificada transcender a dimensão puramente patrimonial individual ou coletiva

---

438 COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 34/35.

439 BOIX REIG, Javier (Diretor). **Diccionario de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Iustel, 2008, p. 680.

440 BOIX REIG. *Op. cit*., 2008, p. 680.

441 COSTA; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 347/348. Cabe mencionar que Felipe Deodato (*op. cit*., 2003, p. 78) entende que inexiste uma neocriminalização no âmbito do direito penal econômico, sob o argumento de que mecanismos de defesa da política econômica estatal sempre existiram.

442 COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 40/42.

estatal. Com efeito, o direito penal econômico tutela os interesses econômicos supraindividuais, que são abrangidos pela ordem da Economia estatuída pelo Estado, ou seja, a economia nacional em sua totalidade e seus distintos setores.[443]

O direito penal econômico apresenta como nota característica a afirmação de um novo âmbito de imputação penal: a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Cumpre destacar que um dos principais traços característicos da criminalidade econômica é a circunstância de sua prática através de uma pessoa jurídica que exerce a atividade econômica. Então, aos poucos, o direito penal foi se apercebendo da importância da pessoa jurídica na prática de delitos na seara econômica, destacando-se ainda que essa importância se refletia na percepção de que tantas e tantas infrações praticadas pela pessoa jurídica não eram sequer levadas à persecução criminal ou não se provavam em face do emaranhado complexíssimo dos nexos de responsabilidade interna das corporações empresariais.[444] Com efeito, Esteban Righi[445] aduz que essa dificuldade de repressão e prevenção das modalidades delitivas praticadas por pessoas jurídicas constitui um problema essencial para o direito penal econômico. Para enfrentar essa situação passou-se a teorizar, sobretudo, no âmbito do direito penal econômico a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de condutas penalmente típicas.

Faria Costa ensina que, independentemente da doutrina que busque justificar a responsabilidade do ente coletivo, duas conclusões são indiscutíveis, a saber:

> a primeira, e que foi pela via do direito penal econômico que tal questão entrou definitivamente no mundo dos problemas candentes do pensamento penal; a segunda, que a tendência, a inclinação ou o movimento que vai no sentido da admissibilidade ou sustentação teórica da responsabilidade penal das pessoas coletivas afigura-se-nos preponderante.[446]

Assim, o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídica se encontra fundamentalmente relacionado com a problemática dos delitos econômicos, uma vez que as ações puníveis praticadas por intermédio de uma pessoa jurídica referem-se, comumente, à ordem econômica.[447]

Desse modo, o direito penal econômico estabeleceu uma nova relação entre a pessoa jurídica e o direito penal, pois além da tradicional posição de eventual vítima de um delito,

---

[443] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 15.
[444] COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 45/47.
[445] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 217.
[446] COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 49.
[447] BOIX REIG. *Op. cit*., 2008, p. 801.

passou também a ser suscetível de ocupar o posto de sujeito ativo do crime e alvo da persecução criminal em face da sua novel responsabilidade penal.

Outra marca distintiva do direito penal econômico é a tendência para a indeterminação dos agentes da infração econômica praticada. No contexto social hipercomplexo contemporâneo as relações funcionais apresentam-se imbricadas, cruzadas ou complexas. Assim, constata-se a dificuldade jurídico-processual de se determinar individualmente os agentes da infração econômica, haja vista existir um intricado emaranhado de nexos de responsabilidades na estrutura organizacional das corporações.[448]

Faz-se oportuno trazer a lume o ensinamento de Faria Costa, nos seguintes termos:

> As cadeias hierárquicas não são límpidas nem transparentes no funcionamento de muitas empresas quer tenham ou não a forma jurídica de pessoa colectiva. Para além disso, hoje, a forma como muitas dessas empresas laboram não se baseia na simples hierarquia funcional, antes se faz através de unidades orgânicas autônomas que assumem sobretudo projectos e onde a ligação funcional ao núcleo duro da empresa se mostra praticamente inexistente. Tudo isso, como se vê, dificulta, quando não impede, a determinação, jurídico-penalmente consistente, dos concretos e eventuais agentes da infracção ou infracções praticadas no âmbito da actuação da pessoa colectiva ou empresa. Em síntese: estamos, quando se olha este preciso domínio, no reino infernal a que alguns já chamaram de diabolica probatio. Conhecem-se os resultados penalmente desvaliosos mas o que se não consegue é encontrar os seus actores (autores). Por isso, ou também por isso, é que se sustenta a bondade de uma responsabilidade penal das pessoas coletivas. [449]

Ensina Faria Costa[450] que se deve considerar a indeterminação dos agentes da infração econômica como traço característico do direito penal econômico porque esse aspecto é um ponto estrutural nessas modalidades delitivas, em que *prima facie* repercute sobre a dimensão probatória da infração.

Outra nota marcante para a caracterização do direito penal econômico é a tendência para a indeterminação das vítimas da infração econômica praticada. Significa dizer que as projeções ofensivas determinadas pelas infrações econômicas lançam-se além da dimensão individual de certa (ou certas) vítimas atingidas pela prática do delito. Esse fenômeno decorre do caráter supraindividual do bem jurídico-penal tutelado pelo direito penal econômico. Assim, a tutela do bem jurídico-penal supraindividual enseja impressivamente a impossibilidade de se *determinar* a concreta vítima, já que a proteção penal não se destina à

[448] COSTA. *Op. cit.*, 2003, p. 53.
[449] COSTA. *Op. cit.*, 2003, p. 53.
[450] COSTA. *Op. cit.*, 2003, p. 53/54.

proteção de uma concreta pessoa, mas para assegurar a higidez do interesse econômico expresso no bem jurídico-penal econômico.[451]

A última característica do direito penal econômico como área de intervenção penal é o caráter serial das agressões, isto é, a ofensividade penalmente relevante apresenta-se coberta pela característica de poder ser reproduzida em série. A atividade econômica empresarial é, por natureza, marcada pela característica da reitereção de processo e de decisões na persecução de seus objetivos. Por conseguinte, esse traço de reiteração da atividade econômica estende-se também aos comportamentos econômicos criminosos. Desse modo, as infrações econômicas, em razão de seu caráter serial, apresentam um potencial infinitamente superior às demais infrações criminais, já que seus efeitos lesivos podem ser reiteradamente reproduzidos.[452]

Em face dessas características, verifica-se que o direito penal econômico, como conjunto de normas que tutelam a ordem econômica, é marcantemente influenciado pela política e conjuntura econômicas que regem a economia nacional, razões pelas quais não funciona na sua totalidade como o direito penal clássico, uma vez que tem recorrido a novas noções em matéria de lei penal, de infração, de responsabilidade penal, e renovado o arsenal de sanções repressivas.[453] Daí por que o direito penal econômico, não obstante seja parte e subordinado às categorias científicas do direito penal, apresenta-se diferenciado e com características próprias, a ponto de exigir adaptações dos tradicionais institutos penais à especificidade da seara econômica.[454]

---

451 COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 55/57.
452 COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 58/59.
453 MARTOS NUÑEZ. *Op. cit*., 1987, p. 200/201.
454 Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, p. 197-201, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982, p. 200.

3.5. A problemática da autonomia do direito penal econômico

O direito penal econômico é um campo fértil de divergências e polêmicas sobre seus institutos no qual se encontra pouca uniformidade de seus conceitos, havendo especial desencontro a respeito da problemática de sua autonomia.[455] Desse modo, faz todo sentido a seguinte indagação: há ou não uma nova disciplina: o direito penal econômico?[456]

A tese da autonomia do direito penal econômico foi consequência da doutrina desenvolvida no marco mais amplo do direito penal administrativo, mas que teve seu maior desenvolvimento e importância na sistematização da legislação penal econômica alemã. Essa problemática está diretamente relacionada com a polêmica relativa à distinção entre crime comum e as infrações penais administrativas.[457] Possivelmente o maior defensor desse entendimento foi o penalista alemão James Goldschmidt, para quem existiriam diferenças, ontológicas ou essenciais, entre o ilícito penal e o ilícito administrativo que afastariam no campo do direito penal administrativo muitos dos princípios do direito penal clássico (tais como: legalidade penal, irretroatividade, culpabilidade etc.).[458]

O cenário sociopolítico em que a tese da autonomia se desenvolveu corresponde à época do abandono da noção do "Estado gendarme", decorrente da passagem do Estado liberal para um Estado interventor. Nesse contexto houve um incremento da ingerência estatal para promover o bem-estar social que provocou a expansão do direito administrativo. No âmbito do direito penal, procurou-se distinguir o delito criminal comum e as meras contravenções de polícia: àquele caberia uma pena criminal, enquanto para as segundas, como consistiriam em desobediência à autoridade estatal, caberiam apenas medidas de correção a cargo da administração pública. Desse modo, essas medidas estariam apartadas do direito penal comum e sistematizadas de modo original, e sua autonomia derivava da necessidade de configurar-se em bases diversas daquelas oferecidas pelas teorias das penas criminais.[459]

A tese da autonomia do direito penal econômico sofreu severas críticas de quem negava diferença entre penas criminais e administrativas, bem como entendia inexistir um

---

[455] PIMENTEL. *Op. cit*., 1973, p. 12.
[456] COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 13.
[457] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 293/294.
[458] AFTALION. *Op. cit*., 1959, p. 29/30.
[459] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 294.

direito penal subjetivo da administração pública distinto do direito penal de justiça, para afirmar um só *jus puniendi* estatal.[460]

Não obstante, impende salientar que o legislador tem introduzido grandes variantes no direito penal econômico em relação ao direito penal comum, conquanto para aquelas situações não especificadas se apliquem os princípios básicos do direito penal clássico.[461]

Seguem as observações de Carlos Martinez-Buján Pérez:

> Alguns autores pretendem ir mais além, propugnando uma verdadeira autonomia científica do Direito penal econômico frente ao que se qualifica de Direito penal "clássico", "comum" ou "nuclear". Evidentemente, dita autonomia não encontra – como fica dito – uma confirmação ou reconhecimento explícitos no Direito positivo espanhol (igual ao que acontece, de modo geral, noutros Direitos), mas se se postula de lege ferenda por parte de alguns um tratamento diferenciado, na medida em que as diversas instituições dogmáticas elaboradas pela teoria penal permitam chegar a soluções jurídicas distintas às que se sustentam para o Direito penal comum. Nalguns casos se trataria simplesmente de efetuar algumas matizações ou correções a instituições penais tradicionais quando estas se utilizam como instrumento para a interpretação dos delitos econômicos, mas noutros casos se chega a propor inclusive a ideação de novos princípios jurídico-penais de imputação diferentes dos tradicionais.[462]

Em face desse contexto, na atualidade há quem defenda uma *autonomia funcional* do direito penal econômico, que consiste em certa liberdade sem que implique autonomia absoluta, já que não há rompimento com a dogmática jurídico-penal comum.[463]

Klaus Tiedemann aduz que:

> Ali onde o Direito Penal, mediante suas próprias figuras penais, excepcionalmente se refere de forma imediata e direta a regras do Direito Econômico e da Empresa, aquele assume uma autonomia e uma função reguladora próprias, com independência de que esta técnica legislativa – que tem suas raízes, de modo geral, na divisão de competência entre os órgãos legislativos e os diversos ministérios −, nos pareça ou não digna de aprovação.[464]

Assim, a *autonomia funcional* significa que o direito penal econômico possui uma certa liberdade para adaptar os institutos penais às especificidades da matéria econômica,

---

[460] RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 296.
[461] AFTALION. *Op. cit*., 1959, p. 30/31.
[462] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa.** Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007, p.72/73.
[463] PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes econômicos e responsabilidade penal de pessoas jurídicas**. Bauru/SP: Editora Edipro, 1997, p. 19/20.
[464] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 22.

embora o direito penal comum continue como o repositório de princípios gerais que se aplicam toda vez que não haja disposição penal econômica especifica para o caso concreto. Desse modo, não se pode reconhecer a existência de uma nova disciplina jurídica autônoma.

Carlos Buján Martinez-Buján Pérez[465] destaca que não cabe falar de um direito penal substancialmente diferente apenas porque o objeto de estudo se caracteriza por sua projeção sobre a área econômica. Assim, entende que o denominado direito penal econômico é regido pelos mesmos princípios jurídico-penais que regem o direito penal comum ou ordinário e processado através de idênticas instituições dogmáticas.

Zaffaroni e Pierangeli[466] salientam que o direito penal econômico é uma denominação que agrupa em seu bojo questões de natureza diversas como a aplicação de leis penais especiais, com disposições de direito penal administrativo e outras de direito penal comum. Desse modo, entendem que o direito penal econômico não pode ser sistematizado conforme um conjunto de princípios gerais próprios e únicos para todo o seu âmbito. Por outro lado, os referidos autores afirmam que o direito penal econômico é a parte do direito penal que disciplina as relações econômicas, não se devendo confundi-lo com nenhum outro ramo jurídico.

Em desabono à tese da autonomia do direito penal econômico, Manoel Pedro Pimentel, por toda a doutrina pátria, é lapidar em seu magistério, nestes termos:

> Estamos convencidos, também, de que o Direito penal econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do Direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas, inegável é, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se colocam em volta de todos os preceitos penais. [467]

Com efeito, o direito penal econômico não se desvincula autonomamente do direito penal comum, pois se vale dos princípios penais gerais para disciplinar situações não reguladas especificamente por suas disposições. Para além disso, não é a natureza especial das

---

[465] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Op. cit*., 2007, P. 71.
[466] ZAFFARONI; PIERANGELI. *Op. cit*., 1997, p. 151.
[467] PIMENTEL. *Op. cit*., 1973, p. 15.

normas penais econômicas que autorizam atribuir-se autonomia cientifica a este setor da dogmática jurídico-penal.[468]

O VI Congresso da AIDP sobre direito penal econômico, realizado em Roma – 1953, aprovou a seguinte *Conclusão*:

> As questões não previstas devem ser resolvidas pela aplicação dos princípios gerais do Direito e do processo penais.[469]

Mais recentemente, o XIII Congresso da AIDP, também a respeito do direito penal econômico, realizado no Cairo – 1984, expediu a seguinte *Recomendação*:

> 6ª - Não obstante as peculiaridades do direito penal econômico e da empresa, deveriam aplicar-se os princípios gerais do direito penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos. Não deveria atribuir a carga probatória ao acusado.[470]

Faria Costa[471] assevera que, apesar das especificidades da doutrina geral das infrações nos domínios do direito penal econômico, as considerações dogmáticas acerca desses delitos não se afastam, sequer minimamente, das questões centrais inerentes ao direito penal fundamental, isto é, a abordagem tem sempre como referencia o direito penal *tout court*. O referido autor destaca que a autonomia que poderia existir radica na distinção entre a doutrina geral dos delitos econômicos e a normal doutrina geral das infrações no direito penal comum.

Cumpre mencionar que Enrique Aftalion[472] ensina que o direito penal econômico carece de autonomia científica, pois se constitui como uma especialização do direito penal comum, ou seja, é um setor da dogmática jurídico-penal com características próprias decorrentes do bem jurídico-penal tutelado. Destaca ainda que a especialidade do direito penal econômico surge já na incriminação primária, já que é evidente a dificuldade para descrever, em textos legais, conceitos e critérios próprios da Economia.[473]

A esse respeito, Teodomiro Noronha Cardozo destaca que:

> Do ponto de vista da matriz ético-social, o Direito Penal Econômico encontra-se, umbilicalmente, vinculado ao Direito Penal enquanto disciplina-mãe. Todavia, não há negar que a irrupção do Direito Penal Econômico só

---

[468] PIMENTEL. *Op. cit.*, 1973, p. 15.
[469] AFTALION. *Op. cit.*, 1959, p. 69.
[470] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 183 e segs.
[471] COSTA. *Op. cit.*, 2003, p. 17.
[472] AFTALION. *Op. cit.*, 1966, p. 83.
[473] RIGHI. *Op. cit.*, 1991, p. 311.

> foi possível com um corte epistemológico, rompendo com paradigmas do passado para a construção de um paradigma moderno, objetivando adaptar-se às novas perspectivas de um mundo globalizado que reclama a tutela do valor (bem jurídico) como categoria material e de natureza trans-individual, digna de tela pelo Direito Penal Especial. [474]

Em face dessas considerações, a única conclusão possível é que o direito penal econômico integra o direito penal comum e está subordinado aos seus princípios fundamentais, conquanto a matéria econômica exija, algumas vezes, a adaptação dos institutos penais às suas especificidades.[475]

---

[474] CARDOZO, Teodomiro Noronha. Lei penal econômica e objeto de proteção: o bem jurídico econômico. *In* SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Ciências criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife (11.08.1827 – 11.08.2007)**. Recife: Editora universitária da UFPE, 2007, p. 575/576.

[475] Não obstante as considerações expendidas, Faria Costa (*op. cit*., 2003, p. 28) salienta que: "se há uma área, um domínio da incriminação que mereça ser considerado como autônomo e que mereça, do mesmo passo, a qualificação de disciplina autónoma esse será, em nossa opinião, o domínio da criminalidade económica, do direito penal económico".

3.6. A proteção da ordem econômica como fundamento do direito penal econômico

Na doutrina penal há intensos debates sobre a legitimação material do direito penal econômico, nos quais se busca determinar até onde a tutela penal econômica se encontra em conformidade com o direito penal proposto pela ordem constitucional vigente. Isso porque não se deve ter como legítima toda tendência incriminatória que avance inflexível e desproporcionadamente sobre a atividade econômica, como tampouco permitir que condutas, concretamente lesivas à ordem econômica, fiquem sem o necessário tratamento jurídico-penal. Portanto, o desafio consiste em distinguir-se o âmbito da atividade econômica que merece efetiva tutela penal daquelas situações que os tipos penais, em vez de proteger bens jurídicos, indicam um avanço injustificado do direito penal econômico.[476]

A legitimidade do direito penal econômico depende de sua conformidade com os princípios do programa penal proposto pela Constituição Federal, que são os critérios que devem guiar o legislador na função de tutelar penalmente um bem jurídico ou incriminar uma lesão, a saber: a relevância constitucional do interesse tutelado (bem jurídico-penal) e a conformidade da intervenção penal econômica às exigências constitucionais mínimas ao direito penal: merecimento, necessidade e adequação e eficácia da tutela penal. Por conseguinte, a primeira condição de legitimidade da intervenção penal econômica é que se dirija à tutela de um bem jurídico digno de proteção penal.[477]

Assim, apresentam-se os argumentos que sustentam um posicionamento pelo reconhecimento da legitimidade da tutela penal da Economia.

3.6.1 Os pressupostos constitucionais da intervenção penal

O direito penal mantém estreitas relações com a Constituição, pois sendo esta o estatuto político da nação, constitui a primeira manifestação jurídica da política criminal[478], dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal, em razão do princípio da

---

[476] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 37/38.

[477] ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. **Revista Penal**. Ano 1, nº 1, p. 1-15, Barcelona, jan./1998, p. 1.

[478] Paulo Queiroz (**Funções do direito penal: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 121) afirma que "o perfil do Direito Penal – autoritário ou democrático – dependerá da conformação político-constitucional que se lhe dá (ao Estado)." Portanto, os limites do Direito Penal são os limites do próprio Estado, uma vez que é a Constituição que estabelece as bases e os limites do *jus puniendi*.

supremacia constitucional.[479] Portanto, pode-se afirmar que a fonte primária do direito penal é a própria Constituição, da qual haure a legitimidade e fundamento para sua intervenção punitiva sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o *jus libertatis*.[480]

A Constituição é um instituto jurídico idealizado e criado pelos homens para a organização básica das regras de convivência social, política e jurídica de um povo, além de indicar os bens jurídicos mais relevantes à vida em sociedade. O direito penal é o ramo do Direito que protege os bens jurídicos mais fundamentais para a sociedade, tais como a vida, a liberdade etc., pois para a proteção de tais valores sociais os demais ramos do Direito não são suficientes, ou já não mais o são. Assim, as normas penais são regras de convivência de especial relevo, já que o direito penal é um conjunto de normas jurídicas que tutela os bens jurídicos de alta relevância para o convício social, bem como guarnece os demais ramos jurídicos. Para exercer essa função garantidora da ordem jurídica o direito penal apresenta-se armado de uma força sem similar nos outros ramos do Direito, qual seja: a coercitividade por meio da imposição de sanções criminais graves a quem viola seus mandamentos.[481] Como a sanção penal atinge direitos fundamentais do cidadão, como, *v.g.*, a liberdade, a intervenção punitiva deve estar em conformidade com a ordem constitucional para ser considerada legítima. Desse modo, a Constituição influencia diretamente o direito penal ao dispor sobre o alcance e limites do *jus puniendi*, uma vez que salvaguarda os direitos e garantias fundamentais do cidadão. As condições estabelecidas são de duas classes: formais, que se referem aos aspectos exteriores da intervenção punitiva; e materiais, relativas ao conteúdo das normas penais.[482]

---

[479] SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal.** Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 58. Em torno dessas relações, Francesco Palazzo (**Valores constitucionais e direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 16) assim pontifica: "Relações estreitíssimas, porque o direito penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência, como se dá no eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal representativa da comunidade. Se de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também, por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual."

[480] SILVA. *Op. cit.*, 2004, p. 58. Nesse sentido, Paulo Queiroz (**Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 72) destaca que: "A Constituição cria potencialmente o direito penal, fixando-lhe as bases e os limites".

[481] Essa força do Direito Penal tem seu nascedouro na Constituição, como observa Sidnei Beneti (A Constituição e o sistema penal. **Revista Ajuris,** Porto Alegre, nº 156, 154/176, 1992, p. 155.): "A força do Direito Penal não vem apenas dele próprio. Para ser suficientemente forte, a ponto de sobre-reger a convivência na sociedade, no campo que lhe é reservado, firma-se ele no Direito Constitucional, de modo que o que infunde força ao Direito Penal é o direito Constitucional. E, a rigor, essa assunção de força pelo Direito Constitucional, relativamente ao Penal, é mais intensa do que no tocante a outros ramos do Direito, como o Civil".

[482] SILVA. *Op. cit.*, 2004, p. 58/68.

O direito penal toma o Texto Magno como parâmetro de referência para realizar sua missão de salvaguardar os bens jurídicos relevantes e criminalizar os fatos lesivos a esses bens. Assim, cumpre reconhecer que as normas constitucionais são o parâmetro da legitimidade das leis penais ordinárias e delimitam o âmbito de sua aplicação. [483]

A Constituição desempenha o papel de orientadora do legislador penal em sua função de escolher os fatos a criminalizar,[484] bem como estabelece os pressupostos necessários à legitimidade da intervenção penal. Desse modo, o Estatuto Político se configura como o referencial de legitimidade da tutela penal dos bens jurídicos. [485]

Em face da ordem constitucional vigente são três os aspectos que devem ser considerados para que a intervenção penal seja considerada legitima: 1º) Merecimento de tutela penal; 2º) necessidade de tutela penal; 3º) A adequação e a eficácia da tutela penal.[486]

a) O merecimento da tutela penal

Para responder à indagação sobre o que o legislador pode proibir penalmente e alcançar a máxima segurança possível sobre os processos de criminalização, devem ser analisados dois fatores: I – a dignidade penal do bem jurídico, que resulta de sua relevância para a convivência social; II – a ofensividade da conduta, que deve indicar que a violação é socialmente intolerável. Analisando-se esses dois fatores encontra-se o bem jurídico-penal, que faz merecedora de pena toda lesão que o lesiona ou o coloca em perigo. Assim, o direito penal somente deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência social pacífica (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos) e quando uma lesão a esse bem jurídico causar abalo social e sua gravidade justificar a intervenção criminal (princípio da

---

[483] NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal.** São Paulo: Editora RT, 1981, p. 40. Vale trazer a lume a lição de Sidnei Beneti (*op. cit*., 1992, p. 156) nesse tocante: "de uma certa maneira, podemos ver, no direito Constitucional, o verso e reverso do Direito Penal. Vemos o Direito Penal encaixando-se na Constituição naquilo que a Constituição o apóia, libera-o; e vemos o Direito Penal limitado pela Constituição naquilo em que a Constituição lhe veda a invasão à esfera de liberdade dos cidadãos."

[484] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 19.

[485] Márcia Dometila Carvalho (**Fundamentação constitucional do direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 24) destaca que: "a sanção penal será procedente e legítima, quando absolutamente necessária para a salvação das bases fundamentais em que se assenta a sociedade justa e livre que a Constituição visa construir".

[486] BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora RT, 2002, *passim.*

ofensividade). Apenas condutas que efetivamente obstruam o satisfatório conviver em sociedade devem ser erigidas à categoria de crime. [487]

b) A necessidade de tutela penal

O Estado democrático tem por finalidade promover o livre desenvolvimento da pessoa humana. Assim, deve interferir o mínimo possível na vida do cidadão para garantir-lhe a máxima liberdade. Nesse contexto, a intervenção penal deve apresentar um caráter subsidiário, no sentido de tutelar apenas bens jurídicos fundamentais à coexistência social em último recurso de proteção, haja vista sua efetivação ser dotada de um alto grau de restrição e violação de direitos individuais, ainda que juridicamente autorizadas. Sendo assim, o direito penal democrático tem como postulado o caráter subsidiário, ou seja, não intervém quando a infração puder ser contida satisfatoriamente por outros meios não criminais. Enfim, o direito penal somente deve intervir quando os demais ramos jurídicos fracassaram na sua missão de proteger determinado bem jurídico.[488]

c) A adequação e a eficácia da tutela penal

A intervenção criminal justifica-se quando presentes a adequação e a eficácia da tutela penal. A adequação da tutela penal refere-se à legitimidade de seus meios, e seu limite é composto pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, humanidade e proporcionalidade. A tutela penal é adequada quando a proteção oferecida ao bem jurídico para cumprir a função do direito penal tenha um custo social suportável, ou seja, não demanda custos mais elevados que os benefícios alcançados pela criminalização da conduta. Há, portanto, adequação da tutela penal quando o beneficio social de sua atuação é superior aos custos individual e social de sua intervenção. A tutela penal possui eficácia quando é dotada de aptidão para alcançar o fim atribuído ao direito penal, que consiste em trazer a patamares razoáveis a violência que aflige a sociedade, isto é, é eficaz quando presente a possibilidade de proteger o bem jurídico e quando reduzir a violência informal.[489]

Desta feita, para uma intervenção penal legitima a ordem constitucional exige:

1º) a existência de um bem jurídico fundamental à convivência social pacífica;

---

[487] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 27 e segs.
[488] BIANCHINI. *Op. cit.*, 2002, p. 77 e segs.
[489] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 109/112.

2º) a ofensividade da conduta incriminada;

3º) a inexistência de outros meios não criminais para conter a pratica da conduta lesiva;

4º) que os meios da tutela penal sejam adequados e eficazes aos seus fins.

De modo semelhante, Cláudio Brandão[490] preleciona que a tutela de bens jurídicos para ser considerada legítima, exige que: 1º) a intervenção penal seja realizada em conformidade com os princípios penais inerentes ao Estado democrático de direito; 2º) os bens postos sob proteção penal estejam inscritos entre aqueles destacados pela ordem constitucional como dignos de tutela jurídica.

Conclusivamente, pode-se afirmar que a intervenção penal é legitima quando destinada exclusivamente à proteção de um bem jurídico-penal e realizada segundo os pressupostos de um direito penal próprio de um Estado Democrático de Direito proposto pela ordem constitucional.

3.6.2 O bem jurídico como núcleo da intervenção penal

Cabe destacar que para a intervenção penal a ideia de bem jurídico[491] coloca-se em primeiro plano de relevância e configura-se como uma condição legitimante da tutela penal, já que o direito penal somente está autorizado e legitimado a intervir quando orientado exclusivamente à proteção de um bem jurídico-penal.[492]

---

[490] BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 13.

[491] Nicola Abbagnano (*op. cit*., 2007, p. 121) explica que o termo *bem* significa tudo o que possui valor, preço ou dignidade a qualquer título. É a palavra tradicional para indicar o que na linguagem atual se denomina valor. Portanto, o termo *bem* indica tudo o que é capaz de atender a uma necessidade humana, seja material ou ideal. Tornar-se bem jurídico quando o legislador, considerando-o valioso por diversas razões (jurídica, econômica, utilidade social ou política), resolver atribuir-lhe proteção jurídica. Vale conferir o magistério de Novoa Monreal (*op. cit*., 1982, p. 109/110) nestes termos: "Os bens jurídicos se confundem com determinados interesses vitais individuais ou sociais, cuja alta importância faz valiosa a manutenção de um determinado estado no qual eles se conservem indenes. Seu valor se estabelece de acordo com um interesse médio que o direito leva em conta. O interesse que está na base de cada bem jurídico não é criado pelo direito, senão que é fruto de uma determinada forma de conceber a sociedade e os indivíduos que a formam, a que se reflete em um concreto regime de organização social, política e econômica, que se estabelece em um país em uma certa etapa de sua história. Mas é o direito que capta e recolhe este interesse e que, elevando-o à categoria de bem jurídico, o coloca como base da ordem social que lhe cumpre proteger e sustentar. Desta maneira, a proteção e preservação de um conjunto harmônico de bens jurídicos se converte em uma das funções principais do ordenamento legal e a prevenção das condutas que o lesionem ou ponham em perigo com menoscabo ou acentuada perturbação do interesse social, passa a ser a missão indiscutível da legislação penal".

[492] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 50. FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 44.

Sobre o tema, Aníbal Bruno salienta que: "O bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito".[493] Destaca ainda o referido autor que é através da proteção do bem jurídico que a missão do direito penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores individuais ou coletivos, que são considerados bens jurídico-penais, objetos dos preceitos jurídico-penais.[494]

Com efeito, a definição e compreensão da noção de bem jurídico-penal é uma das formas mais consistentes de analisar o direito penal, estando a intervenção penal indissoluvelmente vinculada às determinações do bem jurídico. Isso porque o estudo acerca do bem jurídico é a primeira forma consequente para se abordar a valoração de um comportamento incriminado. Desse modo, a noção de bem jurídico-penal assume uma relevância primordial para a análise de qualquer área incriminadora.[495]

Nesse contexto, Maria Ferreira da Cunha[496] pontifica que o bem jurídico-penal (bem fundamental para o convívio social merecedor de tutela penal) constitui-se como limite e, simultaneamente, fundamento para a intervenção penal.

Costa Andrade também salienta a relevância do bem jurídico para a legitimidade da intervenção penal, nos termos a seguir:

> Talvez poucas expressões sejam mais caras e ocupem mais espaço na literatura contemporânea votada à política criminal e à dogmática jurídico-penal do que a expressão bem jurídico. Para a política criminal contemporânea – pelo menos para a política criminal perspectivada no horizonte de um Estado de Direito e duma sociedade aberta e plural – vale como um axioma a afirmação segundo a qual é a tutela de bens jurídicos que simultaneamente define a função do direito penal e marca os limites da legitimidade da sua intervenção.[497]

De modo semelhante, Régis Prado[498] preleciona que a concepção de bem jurídico-penal é de capital importância para o direito penal (garantista e cientificamente moderno), que é instrumento próprio do Estado de Direito democrático e social, pois "o bem jurídico possui uma transcendência ontológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso,

---

[493] BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 6.
[494] BRUNO. *Op. cit.*, 2003, p. 6.
[495] COSTA. *Op. cit.*, 2003, p. 38.
[496] CUNHA. *Op. cit.*, 1995, p. 26.
[497] ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 389.
[498] PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Editora RT, 1996, p. 19.

indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo dependem, não já a estruturação técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura".[499]

Portanto, a concepção e defnição de bem jurídico assumiu uma dimensão fundante da intervenção penal, já que funciona como fundamento e limite da legitimidade do direito penal.[500]

Em face disso avulta a importância fundamental da compreensão da noção de bem jurídico e da determinação dos interesses suscetíveis de se qualificar como bens jurídico-penais.[501] Cumpre destacar, desde já, que sua compreensão exige uma abordagem historiográfica de sua evolução conceitual, porquanto o bem jurídico, tendo sua origem na sociedade, é histórico.[502]

a) Evolução histórica da noção de bem jurídico-penal

A idéia de bem jurídico surgiu com a filosofia penal iluminista e com o nascimento do direito penal moderno. A filosofia penal iluminista tinha como postulado a garantia dos direitos individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas, sendo o delito uma violação à liberdade garantida pelo contrato social. Para tanto, formulou um conceito material de delito, que foi concebido como uma lesão a um direito subjetivo.[503]

Em face desse contexto, precisamente no início do século XIX, von Feuerbach[504] desenvolveu sua concepção a respeito da proteção penal dos direitos subjetivos, baseada no pensamento liberal-contratualista. Sob esse prisma, o Estado só poderia intervir penalmente quando houvesse uma infração que lesionasse algum direito inato do indivíduo ou do Estado reconhecido no contrato social. Assim, a lesão aos direitos subjetivos de outrem constituía o núcleo da intervenção criminal. Sem a lesão a direito subjetivo não haveria crime a ser punido. Para von Feuerbach[505] as leis penais têm como "objeto de suas cominações protetoras tanto os direitos dos súditos, como também os direitos correspondentes ao Estado (como ente moral)".

---

[499] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 19.
[500] ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 394.
[501] CARVALHO. *Op. cit*., 2006, p. 60.
[502] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 39.
[503] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 21-23.
[504] FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 64/65.
[505] FEUERBACH. *Op. cit*., 1989, p. 65.

Posteriormente, Johann Michael Franz Birnbaum publicou, em 1834, seu famoso estudo sobre a tutela da honra – *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* –, empregando pela primeira vez um conceito de bem identificável (e que se tem identificado) com o de bem jurídico, que ensejou a reestruturação, por completo, do direito penal. É a partir dessa concepção que se introduz no direito penal a ideia de bem, substituindo, definitivamente, o então vigente conceito de direito subjetivo. Passa-se da lesão pessoal – perturbações no nível da intersubjetividade – para a lesão de *coisas do mundo exterior*, bem material que serve à necessidade humana, valoradas como bem jurídico. É essa, pois, a origem do moderno conceito de bem jurídico-penal. Não obstante, ensina Maria Ferreira da Cunha que J. M. F. Birnbaum não chegou sequer a utilizar a expressão *bem jurídico* (*Rechtsgut*), mas uma série de expressões do tipo descritivo – tais como *Gut* e *Rechtliche Gut* (ou bem protegido) – que se podem identificar como a noção de bem jurídico. Em decorrência de tal formulação é que lhe foi atribuída a paternidade da concepção de bem jurídico.[506]

Na segunda metade do século XIX o desenvolvimento da ideia de bem jurídico confunde-se com as considerações de Karl Binding e Franz von Liszt, que contribuirão para que a noção de bem jurídico-penal ocupe na atualidade a posição central na teoria do delito. Karl Binding, como adepto do positivismo jurídico, compreendia o bem jurídico como "tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos".[507] Sob esse prisma, verifica-se haver uma congruência absoluta entre a norma e o bem jurídico, sendo aquela a *única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico*. Isso porque, para K. Binding, inexistem direitos inatos, pois os direitos são sempre criados pela lei e não simplesmente reconhecidos por esta. Assim, é o legislador que cria o bem jurídico, sendo os únicos limites sua própria lógica e considerações.[508]

Noutro sentido, Franz von Liszt entende que bem jurídico é todo interesse juridicamente protegido, compreendendo-o como o conjunto dos interesses vitais do indivíduo ou da coletividade. Franz von Liszt[509] assim se expressa: "chamamos de bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente

---

[506] CUNHA. *Op. cit.*, 1995, p. 44/47. Maria Ferreira da Cunha (*op. cit.*, 1995, p. 47) informa que há quem atribua a Karl Binding a formulação do conceito de bem jurídico, uma vez que esse autor foi de fato quem utilizou primeiramente a expressão *Rechtsgut* em sua obra *Die normen* (1ª edição de 1872). Todavia, a autora ensina que *Rechtsgut* significa *bem-do-direito*, enquanto *Rechtliche Gut* significa *bem jurídico ou bem juridicamente protegido*.

[507] ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 392.

[508] CUNHA. *Op. cit.*, 1995, p. 51.

[509] LISZT. *Op. cit.*, 2003a, p. 139.

protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico". Em outro momento, Franz von Liszt[510] destaca que: "o bem jurídico, objeto da proteção do Direito, em última análise é sempre a existência humana nas suas diversas formas e manifestações. Ela é que é o bem jurídico, isto é, o centro de todos os interesses juridicamente protegidos". Assim, o bem jurídico não é um bem do Direito ou da ordem jurídica, mas, ao contrário, é um bem do homem que o direito reconhece e protege.

Acerca dessa concepção de Franz von Liszt, ensina Maria Ferreira da Cunha que:

> Assim, Liszt põe o Direito em confronto com a própria vida; é esta que lhe deve oferecer os critérios, os limites e a legitimidade para intervir. Ele deverá intervir ali, onde exista um interesse digno de tutela e seja necessária a sanção penal para lhe dar suficiente protecção (introduz assim o conceito de necessidade penal ao lado da dignidade penal). [511]

Com efeito, cabe a Franz von Liszt o mérito da formulação do conceito de bem jurídico com função transistemática e crítica e, desse modo, limitadora e fundamentadora da intervenção penal.[512]

No início do século XX, surgiram as orientações espiritualistas e normativistas que, sob a influência neokantista, desenvolveram uma concepção metodológica-teleológica do bem jurídico no direito penal. A espiritualização e normatização do bem jurídico teve início com a obra de Richard Honig (em 1919), que passa a identificar o bem jurídico com a *ratio* da norma.[513] Assim, bem jurídico é compreendido com o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais, "não se confundindo com os substratos da realidade em que os valores poderão assentar, a sua origem é normativa".[514] No sistema criminal neokantista, bem jurídico é compreendido com um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal,[515] ou seja, uma concepção de bem jurídico extremamente espiritualizada e juridificada no sentido de imanente (e decorrente do) direito positivo.[516] Nesse contexto, a noção bem jurídico abandona sua natureza material – de coisa do mundo exterior – e esvaziando-se, pois passou a identificar-se com o conteúdo da norma incriminadora, resultando na perda da sua

[510] LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo II. Campinas: Russell Editores, 2003b, p. 27.
[511] CUNHA. *Op. cit*., 1995, p. 54.
[512] CUNHA. *Op. cit*., 1995, p. 62.
[513] CUNHA. *Op. cit*., 1995, p. 64/65.
[514] CUNHA. *Op. cit*., 1995, p. 65.
[515] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 29.
[516] ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 393.

função limitadora e fundamentadora da intervenção penal para assumir uma função meramente interpretativa.[517]

Após a Segunda Guerra Mundial houve uma revalorização do conceito de bem jurídico, no sentido de determinar os limites da intervenção penal. As duas principais vertentes teóricas contemporâneas sobre o bem jurídico são: as sociológicas e as constitucionais.[518]

As teorias sociológicas do bem jurídico possuem variadas concepções, e em geral, buscam identificar o conteúdo do bem jurídico a partir de argumentos sistêmicos ou de danosidade social. Os partidários dessas concepções são considerados funcionalistas, já que defendem que a norma penal busca garantir o funcionamento da sociedade (compreendida como um sistema social), e não tutelar qualquer bem jurídico considerado valioso à sociedade.[519] Assim, o funcionalismo penal propõe a defesa do funcionamento da sociedade, contudo defende não ser necessário recorrer-se à noção de bem jurídico-penal.[520] No entanto, Régis Prado[521] assevera que "nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, porque uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros".

As concepções constitucionais do bem jurídico partem da premissa de que a valoração constitucionalista é um juízo ao qual todos os setores do Direito devem ser submetidos no atual estágio da ciência jurídica. Sendo assim, é imperioso que o bem jurídico penalmente tutelado tenha, ao menos implicitamente, respaldo na ordem constitucional, sob pena de faltar-lhe dignidade jurídica. Desse modo, tem-se como inconcebível a tutela penal de bens não consagrados constitucionalmente como objeto de proteção jurídico-penal, ou, por outro lado, que colidem com os valores albergados pela Carta Magna, uma vez que é na Constitucional onde estão inscritos os valores supremos da sociedade que a editou.[522] Cumpre destacar que Maria Ferreira da Cunha[523] ensina que a Constituição é o único instrumento

---

[517] CUNHA. *Op. cit.*, 1995, p. 64/66.
[518] ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 393/394.
[519] Zaffaroni e Pierangeli (*op. cit.*, 1997, p. 468) informam que toda manifestação autoritária e irracionalista no âmbito do direito penal tem tentado destruir o conceito de bem jurídico. Isso porque quando não se indica o que a norma protege, deve-se entender que o dever se impõe por si mesmo, como capricho, como arbitrariedade de um legislador irracional.
[520] PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo.** São Paulo: Editora RT, 2003, p. 37.
[521] PRADO. *Op. cit.*, 1996, p. 35.
[522] BIANCHINI. *Op. cit.*, 2002, p. 43.
[523] CUNHA. *Op. cit.*, 1995, p. 112/113.

idôneo mediatizador para determinar um conceito concreto de bem jurídico-penal, além de possuir a força vinculante limitativa do poder estatal.

Assim, as teorias constitucionais do bem jurídico procuram estabelecer critérios capazes de limitar a atividade legiferante em matéria penal, a partir da conceituação do bem jurídico-penal com base nos valores albergados pela Constituição.[524]

Com efeito, a respeito das teorias constitucionais do bem jurídico-penal Régis Prado destaca que:

> o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo direito penal como ante o direito penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. (...) A conceituação material do bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra bem como um valor. Esta circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico.[525]

De fato, é a norma constitucional que contém os valores supremos consagrados pela sociedade que a editou, de modo que o legislador penal infraconstitucional não tem a prerrogativa de inobservar ou contrariar o quadro axiológico posto pela Constituição.[526] Por conseguinte, cumpre concluir que o conceito de bem jurídico é extraído da própria Constituição.

As teorias constitucionais do bem jurídico são classificadas em: a) teorias constitucionais amplas; e b) teorias constitucionais de caráter restrito. A divergência entre ambas consiste tão somente na maneira de vinculação da norma constitucional, pois para as primeiras, a Constituição serve de parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem, no entanto, ser taxativa, enquanto para as segundas, o texto constitucional determina, efetiva e taxativamente, que bens jurídicos devem ser penalmente tutelados.[527]

Alice Bianchini sintetiza bem a concepção das teorias constitucionais amplas, nestes termos:

> A Constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela

[524] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 43/44.
[525] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 67.
[526] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 43.
[527] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 44.

> albergados. Nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional
> Ampla margem de liberdade, pois, é concedida ao legislador na sua tarefa criminalizadora. Esta liberdade é regrada por princípios como o da necessidade, o do merecimento, dentre outros. [528]

Essa concepção ampla busca permitir que o direito penal alcance transformações sociais, que em razão de seu ineditismo não foram expressamente contempladas no Texto Magno, evitando-se um déficit na relação do direito penal com a realidade e sua mutabilidade.[529]

As teorias constitucionais restritas, segundo Régis Prado,[530] "orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional". Essas teorias buscam conciliar, de um lado, os direitos do agressor que serão restringidos; e, de outro, os direitos da vítima e da sociedade. Desse modo, ensina Alicie Bianchini,[531] *in verbis*: "só se poderá restringir direitos fundamentais do primeiro quando tiverem sido atingidos direitos igualmente fundamentais da segunda". Assim, a aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destina a tutelar os valores albergados na Constituição. Sob esse prisma constitucionalmente restrito, os bens jurídicos suscetíveis de tutela penal devem, inafastavelmente, refletir os valores constitucionais. Por conseqüência, apenas no Texto Magno podem ser encontrados os bens jurídico-penais, que também devem representar os bens socialmente relevantes.[532]

A respeito dessas concepções constitucionais do bem jurídico, Maria Ferreira da Cunha defende que a melhor posição é:

> a que restringe a área de uma legítima tutela penal aos valores com relevo constitucional neste sentido amplo, ou melhor, num sentido material, a que concebe um melhor equilíbrio entre vinculação constitucional/liberdade do legislador, garantindo que só se protejam penalmente valores dignos de tal protecção, mas não asfixiando a capacidade de apreciação legislativa, nem a

[528] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 44.
[529] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 45.
[530] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 45.
[531] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 47.
[532] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 47/48.

> adaptabilidade do Direito Penal à mutabilidade das condições sócio-culturais.[533]

De modo semelhante, Regis Prado[534] aduz que: "os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em principio, os de indicação constitucional especifica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade". Com efeito, sob essa perspectiva atribui-se ao legislador infraconstitucional a função de acompanhar as mudanças e evoluções sociais com a finalidade de que esteja sempre atualizado em sua tarefa de selecionar os valores sociais fundamentais ao convívio social, ainda que a Constituição não os tenha declarado expressamente.[535] Assim, o bem jurídico-penal concretamente decorre da realidade ou experiência social, sobre a qual recaem os juízos valorativos, primeiro do constituinte, depois do legislador infraconstituicional.[536]

b) Aspectos conceituais do bem jurídico-penal

A conceituação do bem jurídico-penal tem variado conforme o contexto histórico e jurídico sob o qual é formulado. Isso porque o bem jurídico é concebido como um produto sócio-histórico, ou seja, decorre das concretas relações sociais em determinado período valoradas pelo legislador penal. De outro lado, no Estado moderno a concepção do bem jurídico advém "das limitações impostas ao direito penal e deve ser compreendida a partir dos princípios e valores que determinam este tipo de estrutura política".[537]

Vários são os conceitos doutrinários sobre em que consiste ser o bem jurídico penal, todavia, todos são insuficientes, pois, segundo Figueiredo Dias,[538] a teoria do bem jurídico não se encontra desenvolvida o suficiente para formular com nitidez e segurança um conteúdo fechado e apto a indicar o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Não obstante, há certo consenso em torno do núcleo central do conceito do bem jurídico que permite defini-lo como "a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na

---

533 CUNHA. *Op. cit*., 1995, p. 195.
534 PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 69.
535 BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 49.
536 PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 73.
537 BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 37
538 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 62/63.

manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso".[539]

Hans Welzel,[540] por sua vez, entende que "bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente". Com vistas a identificar o substrato material do bem jurídico-penal, Hans Welzel ensina que este pode aparecer, *prima facie*, nas mais diversas formas: como objeto psicofísico, como objeto espiritual-ideal, como estado real, como relação vital, como relação jurídica, ou ainda como conduta de terceiro. De modo a abranger todas as situações acima, Hans Welzel[541] aduz que: "bem jurídico é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões".

No direito penal pátrio, merecem destaque os magistérios de Régis Prado (1996) e Cunha Luna (1985), que inicialmente trataram profundamente sobre o tema.[542] Para Régis Prado[543] "a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano". Esses bens são indicados especificamente pela própria Constituição e são aqueles que se encontram em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático.[544] Assim, Regis Prado ensina que "o conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e um dado momento histórico-cultural".[545]

Por sua vez, Cunha Luna[546] conceitua bem jurídico como bem fundamental que mais se aproxima dos "direitos naturais" do indivíduo e da sociedade, considerando, pois, como direitos naturais aqueles profundamente sentidos e vividos, cuja postergação impede ou dificulta gravemente a manutenção e o desenvolvimento do homem e da coletividade considerados como um todo.

Analisando-se as conceituações acima expostas, algumas ilações podem ser apresentadas: 1º) a existência de grandes divergências atinentes ao conceito de bem jurídico; 2º) o consenso sobre critério de limitação da intervenção penal; 3º) sua colocação como

---

[539] DIAS. *Op. cit.*, 1999, p. 62/63.
[540] WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte geral, Santiago do Chile: Editorial juridica de Chile, 2002, p. 5.
[541] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 5.
[542] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 39.
[543] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 56.
[544] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 69.
[545] PRADO. *Op. cit*., 1996, p. 73.
[546] LUNA, Everardo Cunha. **Capítulos de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 1985, p. 134.

conteúdo material do delito; 4º) os conceitos apresentados permitem a compreensão de seu significado e relevância, mas não informam os elementos a ser considerados para que se possam identificar materialmente os bens jurídicos dignos de proteção penal. Essa deficiência na delimitação concreta dos bens jurídicos penalmente tuteláveis decorre da limitação fática de se aprisionar o bem jurídico num conceito hermético, esgotando-se qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo.[547] Por outro lado, impende salientar que a noção de bem jurídico e sua delimitação material depende da estruturação política do Estado em que se situa. Assim, cumpre reconhecer que a compreensão do catálogo de bens jurídicos penalmente tuteláveis de um Estado de Direito democrático diverge daqueles Estados de cunho ditatorial.[548]

Sobre o tema, são oportunas as considerações de Alice Bianchini, a saber:

> Um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação desta classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. Em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem. A seleção dos bens jurídicos, a fim de contemplar os interesses individuais, à vista das necessidades concretas do indivíduo, encontra-se sujeita a limitações impostas ao Estado, no exercício do jus puniendi. [549]

Segundo Hermazábal Malarée, no Estado de Direito a seleção dos bens jurídico-penais deve ser orientada pela comunicação democrática a respeito a necessidade de tutelar penalmente determinadas relações sociais particulares. Assim, o bem jurídico surge das próprias bases da relação social e constitui a culminação do processo de participação política. Por conseguinte, é imperioso reconhecer que o homem não pode ser objeto de manipulação, mas o fim dentro do sistema democrático.[550]

Alice Bianchini[551] assevera que a delimitação dos bens jurídicos pode ser realizada por meio de critérios negativos, que se fundam nos princípios da intervenção mínima e da exclusiva proteção dos bens jurídicos, cuja aplicação pode confirmar ou refutar a existência de um bem, ou a qualidade jurídico-penal de determinado bem. Esses critérios negativos de deslegitimação – expressão cunhada por Luigi Ferrajoli – utilizam os seguintes parâmetros de

---

547 BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 42.
548 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 53.
549 BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 41.
550 Hermazábal Malarée *apud* BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 41.
551 BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 42.

verificação: a) o da irrelevância do bem tutelado; b) o de ausência de lesão efetiva do comportamento; c) o de necessidade da tutela penal; e, por último, d) a análise acerca da efetividade do sistema. Assim, apenas após essa verificação pode-se afirmar, não sem o risco de uma incorreção, que a tutela penal de um bem jurídico é legítima. Desse modo, no que tange ao aspecto conceitual do bem jurídico-penal, o máximo que se alcança é, por um lado, fixar algumas noções orientadoras constitutivas que lhe dão contornos; e, por outro, "estabelecer as limitações a que esta entidade é submetida, face às restrições próprias do Estado Social e Democrático de Direito, o que constitui seu conceito negativo".[552]

O conceito negativo de bem jurídico-penal traça as limitações a que esse instituto deve se cingir e, por outro lado, reforça sua principal função, qual seja a de reduzir a matéria de proibição estatal aos seus devidos limites. Esse conceito é obtido a partir das limitações inerentes ao Estado social e Democrático de Direito, cujos valores superiores, concretizados em seus princípios informadores, podem ser sintetizados da seguinte forma:

> Impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas, devendo o Estado tolerá-las e respeitá-las.[553]

Em sendo assim, os parâmetros de verificação da legitimidade ou ilegitimidade do bem jurídico baseados nos princípios da intervenção mínima e exclusiva proteção do bem jurídico, podem ser representados no seguinte axioma:

> Dever de criminalizar condutas que atentem ou exponham a perigo concreto bens imprescindíveis a uma qualificada existência do indivíduo em sociedade.[554]

3.6.3 A ordem econômica como bem jurídico-penal

O dinamismo próprio das sociedades contemporâneas, especialmente no âmbito econômico, ensejou a configuração de bens jurídicos que se referem primeiramente ao funcionamento do sistema social, e não referentes diretamente ao indivíduo. Esses bens jurídicos se caracterizam pela dificuldade de determinação de seus contornos materiais e pela impossibilidade de individualização de seus titulares imediatos, sendo, portanto, considerados como difusos ou supraindividuais. Exemplo desses bens supraindividuais encontra-se previsto

[552] BIANCHINI. *Op. cit.*, 2002, p. 42.
[553] BIANCHINI. *Op. cit*., 2002, p. 51.
[554] BIANCHINI. *Op. cit.*, 2002, p. 51.

expressamente no Título VII da Constituição brasileira, a saber: a ordem econômica nacional.[555]

O direito penal econômico é visto como um setor da dogmática penal que tutela bens jurídicos supraindividuais, pois sua missão consiste em proteger os elementos essenciais da Economia,[556] que são estruturados juridicamente pela ordem econômica constitucional. Com efeito, a ordem econômica constitui a confluência dos elementos da economia nacional, que apresenta uma dada organização, cabendo ao Estado intervir sobre essa realidade com o fim de preservar sua estabilidade e o bem-estar social. Assim, a ordem econômica é composta pelos bens jurídicos econômicos. [557]

a) O bem jurídico-penal do direito penal econômico

Os elementos da Economia são considerados bens jurídicos de conteúdo econômico cuja titularidade é difusa, ou seja, transindividual, a ponto de a lesividade da conduta tipificada transcender a dimensão puramente patrimonial individual ou coletiva estatal. Por ouro lado, cabe mencionar que os bens jurídico-penais econômicos supraindividuais se caracterizam à medida que se vislumbra impossível a identificação individualizada de sua titularidade, bem como pela impossibilidade da identificação das vítimas atingidas pela

---

[555] BUSTOS RAMIREZ, Juan. Perspectivas atuais do direito penal econômico. **Fascículos de Ciências Penais**. Ano 4, vol. 4, nº 2, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, ab./jun. de 1991, p. 4. Por sua vez, Gianpaolo Smanio (**Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 105) aduz que o novel perfil do Estado contemporâneo e as alterações no modelo econômico capitalista têm demonstrado a necessidade de se tutelar interesses outros que não são individuais, mas metaindividuais, já que alcançam amplos setores da sociedade. Esses bens jurídico-penais de caráter supraindividuais são definidos, por Gianpaolo Smanio (*op. cit.*, 2000, p. 108), como aqueles "que se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares". No âmbito do Direito positivo brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor conceitua legalmente o bem jurídico supraindividual ao estabelecer que os interesses difusos são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (Art. 81, parágrafo único, I). No que tange á tutela penal desses interesses, Luciano Feldens (*op. cit.*, 2005, p. 60) salienta que não se pode questionar a legitimidade da tutela penal desses interesses difusos porque foram expressamente valorizados pela Constituição Federal como bens fundamentais à sociedade nacional e em razão de a lesão a tais bens jurídicos representar um dano muito superior aquele verificado contra os bens jurídicos de caráter individual.

[556] Alfredo Etcheverry (Objetividade jurídica do delito econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.** Ano II, nº 6, p. 99/107, Rio de Janeiro, jul./set. de 1964, p. 100) salienta que o bem tutelado pelo direito penal econômico deve ser inferido a partir do conceito de Economia. Contudo, ensina que a Economia não é um bem jurídico, porquanto não serve para atender às necessidades humanas, já que é o fenômeno de administração dos recursos escassos. Assim, o autor conclui que o bem jurídico penal econômico são os interesses econômicos que compõem a atividade econômica.

[557] CORACINI. *Op. cit*., 2004, p. 446.

conduta que os lesionam. Celso Coracini[558] destaca que "os bens jurídicos supraindividuais encontram sua *ratio essendi* na confluência de interesses individuais que lhe subjazem (embora não sejam decomponíveis)".

Os bens jurídicos tutelados pelo direito penal econômico representam os interesses econômicos de caráter supraindividual que são abrangidos pela ordem da economia estatuída pelo Estado, ou seja, a economia nacional em sua totalidade e seus distintos setores.[559] Assim, Costa Andrade[560] ensina que os bens jurídico-penais econômicos[561] são *coisas* como a ordenação econômica e os seus múltiplos sub-sistemas, como, *v. g.*, a concorrência, a estabilidade dos preços, o abastecimento regular do mercado de certos produtos, a confiança na autenticidade e genuidade dos produtos que circulam comercialmente etc. Nesse sentido, Novoa Monreal[562] salienta que todo delito econômico refere-se a um bem jurídico que representa algum aspecto da ordem econômica de um determinado país.

Vale conferir o magistério de Klaus Tiedemann, *ipsis litteris*:

> O delito econômico não somente se dirige contra interesses individuais senão também contra interesses social-individuais (coletivos) da vida econômica, quer dizer, se lesionam bens jurídicos coletivos ou social-individuais da economia. Bem protegido não é, portanto, em primeiro lugar o interesse individual dos agentes econômicos senão a ordem econômica estatal em seu conjunto, o desenvolvimento da organização da economia, em poucas palavras, a econômica política com seus ramos específicos (sistema financeiro, sistema creditício, etc.). Por este motivo a fraude fiscal e a obtenção fraudulenta de subvenções são delitos econômicos. [563]

Com efeito, é na Constituição que se encontram os bens jurídicos a ser tutelados pelo direito penal econômico e que pertencem, portanto, a ordem econômica constitucionalmente estatuída. Arroyo Zapatero[564] aduz que: "a denominada ordem econômica constitucional, que contém as normas básicas destinadas a proporcionar o marco jurídico fundamental para a estrutura e funcionamento da atividade econômica, é o canteiro ao qual se acode normalmente

---

[558] CORACINI. *Op. cit*., 2004, p. 443.
[559] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 15.
[560] ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 395.
[561] Costa Andrade (*op. cit.*, 1998, p. 402-404) caracteriza os bens jurídico-penais econômicos como: a) materialmente decisivos para o sistema econômico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar; b) produtos históricos da intervenção estatal na Economia; c) artificialmente construídos, pois não possuem uma referência ontológica claramente definida como, p. ex., os crimes contra a vida, nem uma referência culturalmente decantada em termos de identidade, consistência e consenso generalizada, como os crimes contra a propriedade, liberdade ou honra.
[562] NOVOA MONREAL. *Op. cit*., 1982, p. 111.
[563] TIEDEMANN, Klaus**. Lecciones de derecho penal económico**. Barcelona: Editorial PPU, 1993, p. 32.
[564] ARROYO ZAPATERO. *Op. cit*., 1998, p. 2.

para buscar a relevância constitucional dos bens jurídicos inseridos no Direito penal econômico".

Nesse ponto é cabível trazer-se a lume a polêmica a respeito da configuração da ordem econômica bem como jurídico-penal em sentido estrito. Há quem entenda ser a ordem econômica um conceito por demais abstrato para servir de referência legitimadora da criminalização ou tipificações concretas.[565] Muñoz Conde[566] assinala que a ordem econômica não é um bem jurídico em sentido próprio, mas um marco referencial genérico para agrupar todos os delitos econômicos em razão da indeterminação do bem jurídico nessas infrações.

Miguel Bajo Fernández,[567] apesar de ser categórico ao afirmar que a ordem econômica é o objeto de tutela do direito penal econômico, entende que apenas a ordem econômica em sentido estrito (a regulação jurídica da intervenção estatal na Economia) configura um bem jurídico-penal, enquanto a ordem econômica em sentido amplo (a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços) não é um bem jurídico penal, uma vez que representa um objetivo político criminal que serve de critério sistematizador para agrupar os delitos contra a Economia, não sendo assim um bem jurídico em sentido técnico e material.

Noutro sentido, Carlos Martinez-Buján Pérez,[568] com base na distinção entre bens jurídicos imediatos (o interesse expressamente indicado no tipo penal) e bens jurídicos mediatos (representados na finalidade político-criminal da norma penal),[569] ensina que a ordem econômica configura-se como bem jurídico mediato genérico, integrado na *ratio legis* de todas as infrações econômicas.

Nesse contexto, Carlos Martinez-Buján Pérez[570] faz a distinção entre "um bem jurídico mediato, que se caracteriza em todo caso por tratar-se de um bem coletivo geral imaterial ou institucionalizado (integrado pela ordem econômica geral, ainda que este seja, por sua vez,

---

[565] BOIX REIG. *Op. cit*., 2008, p. 143.

[566] MUÑOZ CONDE, Francisco Muñoz. Cuestiones dogmáticas básicas em los delitos económicos. **Revista Penal**. Ano 1, nº 1, p. 67-77, Barcelona, jan./1998, p. 69.

[567] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit*., 2001, p. 17 e segs.

[568] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Op. cit*., 2007, p. 170 e segs.

[569] Carlos Martinez-Buján Pérez (*op. cit.*, 2006, p. 158 e segs.) ensina que bem jurídico imediato refere-se ao bem jurídico tutelado diretamente no tipo penal. Para além disso, essa modalidade de bem jurídico erige a sua vulneração (lesão efetiva ou perigo) por parte da conduta do autor como elemento implícito indispensável da parte objetiva de qualquer tipo penal, que deverá ser abrangida pelo dolo do agente. O bem jurídico mediato significa um conceito amplo de *ratio legis* ou finalidade objetiva da norma penal, que em outros termos, expressa as razões ou motivos que conduzem o legislador a criminalizar um determinado comportamento. O bem jurídico mediato apresenta uma relevante função de limitação e orientação do *jus puniendi* (função político-criminal referente à criação ou supressão de delitos). Em face disso, a afetação do bem jurídico mediato não aparece incorporada no tipo penal, uma vez que se refere a um bem genericamente identificado como merecedor de proteção penal.

[570] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Op. cit*., 2007, p. 172.

suscetível de subdivisão de acordo com suas diversas funções), e um bem jurídico imediato (também de natureza coletiva geral), que é o interesse diretamente tutelado em sentido técnico". Desse modo, o bem jurídico-penal econômico imediato consta da descrição típica da norma incriminadora, sendo a referência para identificar a função e sentido do tipo penal. A ordem econômica, como bem jurídico, apresenta-se como o objeto genérico de proteção nas diversas figuras delitivas, desempenhando, ainda, uma função sistemática em relação aos grupos de delitos econômicos.[571]

Nesse sentido é o entendimento de Celso Coracini[572], que se expressa nestes termos: "não se deve atribuir à *ordem econômica* a função de bem jurídico, em seu sentido próprio, ou imediato, mas é mister reconhecer que a *ordem econômica* integra o conceito da disciplina do direito penal econômico, por conformar a *ratio legis* que une os vários bens jurídicos que, danificados ou sujeitos a dano, atingem, de forma mais ou menos direta, a ordem econômica nacional".

Assim, tomando como premissa que a Constituição indica expressa ou implicitamente os bens jurídicos merecedores de tutela penal, não se pode questionar a assertiva de que a ordem econômica nacional, inserida no Título VII da Carta Política brasileira, se configura como um bem jurídico-penal dotado de dignidade penal para sua proteção pelo direito penal econômico. Nesse sentido, é lapidar o magistério de João Marcello Araujo Jr.[573] que destaca, *in verbis*: "A inserção social do homem é muito ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a 'ordem econômica', que possui caráter supra-individual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais". Com efeito, é imperioso reconhecer-se que a ordem econômica é um bem jurídico fundamental, reconhecido expressamente pela Constituição Federal, e que possui vários aspectos que podem ser destacados como bens jurídicos secundários.[574] Assim, a partir da análise dos dispositivos constitucionais depreende-se que a ordem econômica nacional abrange o sistema tributário nacional, as relações cambiais e falimentares, o sistema financeiro nacional, os sistema de processamento e comunicação de dados, a dignidade e valorização do trabalho humano, a propriedade privada e sua função social, o meio ambiente, a liberdade de iniciativa econômica, a livre concorrência e as

---

[571] RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. **Revista dos Tribunais**, ano 89, vol. 775, p.432-448, São Paulo: Editora RT, maio/2000, p. 441.

[572] CORACINI. *Op. cit*., 2004, p. 440.

[573] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica.** São Paulo: Editora RT, 1995, p. 36.

[574] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 79.

relações de consumo. Esses vários aspectos abrangidos pela ordem econômica não são ontologicamente distintos daquela. São todos espécies de um mesmo gênero jurídico mais amplo, que é a ordem econômica. Assim, a denominação de crimes contra a ordem econômica quer expressar com clareza o bem jurídico-penal reconhecido pela própria Constituição e que o legislador deseja tutelar por meio de normas penais, especialmente em razão de seu caráter supraindividual.[575]

Os diversos interesses e valores econômicos dignos de tutela penal que constituem os bens jurídico-penais econômicos se encontram inseridos na ordem econômica nacional,[576] que é o objeto de proteção do direito penal econômico[577] e tem natureza de bem jurídico constitucional de caráter supraindividual destinado a assegurar o justo equilíbrio na produção, circulação e consumo de bens econômicos entre os membros da comunidade econômica.[578] Cumpre destacar que esses bens jurídicos econômicos apresentam caráter de interesses supraindividuais, cuja tutela penal se justifica a partir da necessidade de se proteger a função social atribuída à atividade econômica.[579]

Saliente-se que, como o Estado é agente econômico e agente regulador da atividade econômica, o direito penal econômico tem legitimidade para garantir: a) a intervenção financeira do Estado contra as fraudes fiscais, previdenciárias e obtenções fraudulentas de subvenções; b) as regras de comportamento dos agentes econômicos no mercado; c) os bens e direitos específicos da participação dos indivíduos como agentes da vida econômica.[580]

b) A ordem econômica como bem jurídico do direito penal

As Constituições do século XX têm como traço marcante a positivação em seus textos de normas que instituem a *ordem econômica* e, por vezes, de uma ordem social. Essa característica verificava-se inconcebível nas Constituições dos séculos XVIII e XIX, que consideravam tais matérias fora de alcance da intervenção estatal em razão da inspiração liberal. Neste contexto liberal, a ordem econômica e os problemas sociais eram da alçada dos particulares. Durante o século XX, os países ocidentais para fazer frente ao avanço do socialismo marxista passaram a fazer algumas concessões na área econômica e social, como

[575] ARAÚJO JUNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 40.
[576] CORACINI. *Op. cit.*, 2004, p. 444.
[577] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit.*, 2001, p. 17.
[578] ARAÚJO JUNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 36.
[579] BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO. *Op. cit.*, 2001, p. 21.
[580] ARROYO ZAPATERO. *Op. cit.*, 1998, p. 2/3.

se infere na Constituição alemã de *Weimar* de 1919. Assim, os Estados buscaram intervir na seara econômica e social para alcançar um maior desenvolvimento social, cultural e educacional, porquanto tais aspectos sociais dependem diretamente do substrato econômico. De tal modo, na atualidade debate-se sobre um capitalismo com inspiração social, já que o Estado intervém na economia nacional regulamentando a atividade econômica ou exercendo-a diretamente (subsidiariamente), para fins de maior desenvolvimento socioeconômico nacional.[581]

Aponta-se a Constituição de 1917 como o estatuto político que inovou no constitucionalismo ao dispor sobre a organização da atividade econômica. A partir desse texto constitucional a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica porque passou a ser disciplinada sistematicamente pelas Constituições.[582] Outro marco na constitucionalização da ordem econômica é a Constituição alemã (*Weimar*) de 1919, que surgiu após a Primeira Guerra Mundial, quando o Direito abandona o cariz formalista-individualista e passa a se ocupar da justiça e do social. É a partir da Constituição de *Weimar* que as normas de conteúdo econômico foram consideradas, indubitavelmente, como matéria própria da seara constitucional.[583]

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 adotaram as diretrizes do liberalismo político e econômico não se referindo à matéria econômica, sendo a Constituição de 1934 a primeira a instituir uma constitucionalização da ordem econômica em seu próprio texto, sob nítida influência da Constituição alemã de 1919, com vistas a orientar a realização das atividades econômicas, inaugurando, assim, a intervenção estatal na Economia. Posteriormente, a Constituição de 1937 manteve a constitucionalização da Economia nacional, dedicando inúmeros artigos à ordem econômica. A Constituição de 1946 consolidou a constitucionalização da Economia ao dispor sobre a ordem econômica nacional e a intervenção estatal na realização das atividades econômicas, porém buscando conciliá-la com

---

581 BASTOS. *Op. cit.*, 2003, p. 109/110. Nesse sentido, André Ramos Tavares (*op. cit.*, 2006, p. 87) se expressa: "Desde a origem do constitucionalismo, como é conhecido atualmente, até o começo do século XX, não se preocupavam as Constituições, no mundo, em seu conjunto normativo, em disciplinar a vida econômica. Os documentos constitucionais eram compreendidos, até então, como receptáculos da ordem política, ocupando-se, praticamente, apenas dos direitos individuais fundamentais e da organização política do Estado".

582 SILVA. *Op. cit.*, 2000, p. 760.

583 TAVARES. *Op. cit.*, 2006, p. 91/92.

a iniciativa privada.[584] As Constituições de 1967-69 e 1988 mantiveram a tradição de disciplinar juridicamente a ordem econômica nacional.

A Constituição brasileira de 1988, a exemplo das anteriores, dispõe no Título VII – arts. 170 a 192 – exclusivamente sobre a disciplina da atividade econômica e do sistema financeiro. Em face do estatuído nesses dispositivos constitucionais acerca da ordenação da Economia, o Estado brasileiro intervém regulando, fiscalizando, incentivando e planejando a atividade econômica ou exercendo-a quando necessário ao bem-estar e desenvolvimento econômico.

A expressão *ordem econômica* foi introduzida na linguagem do Direito a partir da primeira metade do século XX, quando os países ocidentais buscaram atribuir uma conotação *social* ao sistema econômico capitalista. No que se refere ao seu significado, adverte-se que há distintas conotações sob as quais essa expressão pode ser empregada. Não obstante, no contexto da discursividade jurídica essa denominação significa a *ordem jurídica da Economia*.[585]

André Ramos Tavares destaca que:

> Para uma operacionalização inicial, tem-se que a expressão em apreço busca sintetizar a idéia de que a ordem econômica, enquanto manifestação do dever-ser, é a parcelo do Direito – e este o sentido que há de interessar ao operador jurídico – que cuida das questões de alcance econômico, institucionalizando (ou pretendendo fazê-lo) uma determinada ordem (ordenação, regulamentação) no mundo do ser (forma econômica). [586]

Com efeito, para Eros Grau[587] a expressão ordem econômica refere-se à parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser) que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser). Noutros termos, pode-se afirmar que ordem econômica é a parcela do ordenamento jurídico que disciplina normativamente as relações econômicas empreendidas numa sociedade,[588] que são constituídas pela produção, circulação e consumo de bens e serviços econômicos.

---

[584] SILVA, Américo Luis Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003b, p. 24-39.

[585] GRAU. *Op.cit*., 2005, p. 65/67.

[586] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 82.

[587] GRAU. Op. cit., 2005, p. 72. Eros Grau (*op. cit*., 2005, p. 87) ainda assinala:"Na Constituição de 1988, no art. 170, *caput*, tal qual ocorria em relação às Constituições de 34, 37 e 46 e 67-69, 'ordem econômica' designa realidade do mundo do ser".

[588] Américo Silva (*op. cit*., 2003b, p. 2) pontifica que "a ordem econômica, de uma forma ou de outra, é um pré-requisito funcional para a sobrevivência e continuidade da sociedade".

Quanto ao aspecto conceitual de ordem econômica, vale trazer a lume a lição de André Ramos Tavares, nestes termos:

> *Ordem econômica* é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma o sistema econômico.
> [...]
> *A ordem econômica constitucional* seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada. [589]

A Constituição brasileira vigente, como as anteriores, contém um conjunto de normas, em seu Título VII, de conteúdo especificamente econômico, por meio do qual regula a atividade econômica exercida pelos agentes e fixa as responsabilidades pelo seu exercício. Em face dessas considerações, pode-se definir a ordem econômica como um sistema de normas constitucionais que disciplina o modelo econômico nacional e o exercício da atividade econômica pelos agentes econômicos.

Dispõe o art. 170 da Constituição que a ordem econômica nacional funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, salvo nos casos expressamente previstos em lei. Com efeito, a ordem econômica tem por fundamento: 1º) a valorização do trabalho humano,[590] em conformidade com o art. 1º da Constituição Federal, que estatui ser a dignidade humana e os valores sociais do trabalho fundamentos do Estado brasileiro; 2º) a livre iniciativa, que significa a possibilidade real de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica.[591] Não obstante, Celso Bastos,[592] analisando o dispositivo constitucional supramencionado, entende que os fundamentos são quatro: valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna e a justiça social.

---

589 TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 82.

590 Leonardo Vizeu Figueiredo (**Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 39) aduz que "valorização do trabalho significa que o Estado deve garantir que o homem possa sobreviver dignamente, tão-somente, com o produto da remuneração de seu labor, garantindo-lhe, para tanto, uma gama de direitos sociais".

591 SCIORILLI. *Op. cit*., 2004, p. 39.

592 BASTOS. *Op. cit*., 2003, p. 110.

No que concerne à finalidade da ordem econômica nacional, o art. 170 da Carta Magna estabelece que seus objetivos são dois: garantir a todos uma *existência digna*[593] e consoante os ditames da *justiça social*[594]. Salienta-se ainda que o desenvolvimento econômico nacional é outra finalidade da ordem econômica,[595] embora não se encontre inserido entre as normas do Título VII da Constituição, mas no art. 3º do texto constitucional.[596]

Por fim, cumpre mencionar que a ordem econômica da Constituição de 1988 fez uma clara opção pelo sistema econômico capitalista, que se rege pela livre iniciativa, pela propriedade privada e pela economia de mercado.[597]

---

593 Leonardo Figueiredo (*op. cit*., 2006, p. 40) diz que "o fundamento da existência digna traduz-se no fato do Estado direcionar, ao menos em tese, a atividade econômica para a erradicação da pobreza, acabando com as desigualdades e injustiças sociais".

594 Para Leonardo Figueiredo (*op. cit*., 2006, p. 40), justiça social "traduz-se na efetivação de medidas jurídicas e adoção de políticas que garantam a todos o acesso indiscriminado aos bens imprescindíveis à satisfação de suas necessidades fundamentais".

595 TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 133 e segs.

596 GRAU. *Op. cit*., 2005, p. 88.

597 GRAU. *Op. cit*., 2005, p. 312. Contudo, Celso Bastos (*op. cit*., 2003, p. 111) assinala que o sistema capitalista na atualidade é temperado por diversos graus de intervenção estatal na seara econômica, resultando num modelo de economia mista.

3.7. O delito econômico como conteúdo do direito penal econômico

A criminalidade econômica não é um fenômeno novo, mas sim o interesse político e científico a seu respeito nas últimas décadas.[598] Sabe-se que o interesse na definição do delito econômico é tão antigo[599] quanto a investigação criminológica econômica, não sendo poucos os estudos que empregam o máximo de esforços na discussão dessa problemática.[600] Todavia, os numerosos e prolongados esforços das ciências criminais não têm apresentado um conceito de delito econômico unívoco e consensual.[601]

No que tange às divergências conceituais do delito econômico, Bajo Fernandez[602] destaca que a coincidência terminológica entre criminólogos e juristas nos estudos acerca do delito econômico tem gerado uma certa confusão. Os criminólogos se equivocam quando não advertem que a definição do delito econômico que empregam em seus estudos não tem caráter jurídico-penal ou quando não distinguem convenientemente os conceitos usados pelo direito penal daqueles empregados pela criminologia. Da parte dos juristas, o equívoco ocorre quando em suas considerações sobre o conceito de delito econômico empregam definições dadas pelos criminólogos ou quando acreditam que um mesmo conceito de delito econômico pode ser utilizado tanto em um estudo criminológico como numa investigação jurídico-penal.

Assim, cumpre salientar, desde já, que se buscará estabelecer os contornos conceituais do delito econômico como fenômeno jurídico que constitui o conteúdo do direito penal econômico, diferenciando-se, assim, daqueles conceitos usados em estudos criminológicos sobre a delinquência econômica como fenômeno social.[603]

---

[598] Figueiredo Dias e Costa Andrade (*op. cit*., 1998, p. 319/320) aduzem que: "A criminalidade económica, nas suas formas clássicas ou modernas, é um tema de marcada actualidade. Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade económica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje uma preocupação das instâncias governativas, judiciais, policiais, etc., de todos os países".

[599] Para uma perspectiva histórica a respeito do crime econômico, segundo a concepção de *white collar crime*, vide: SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 15/37. A autora (*op. cit*., 2001, p. 19) assinala que o registro mais antigo de um processo penal contra réus que podem ser compreendidos no conceito de crime de colarinho branco dá-se por volta do ano de 1100 a. C., no Egito do Rei Ramsés IX, no qual são acusados funcionários de importantes cargos do reino pelo furto de objetos de grande valor do túmulo do rei Sebekemsaf, sepultado na *cidade dos mortos*.

[600] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1993, p. 249/252.

[601] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 9.

[602] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 40/41.

[603] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 41.

Cabe mencionar que o delito econômico enseja divergência já a partir da terminologia adotada para indicá-lo, pois são variadas e diversas as denominações empregadas pela doutrina penal para nomeá-lo. Não obstante, consagrou-se internacionalmente a expressão *white collar crime* – crime do colarinho branco – como sinônimo de criminalidade econômica, desde que Edwin Sutherland a mencionou em um discurso perante a Sociedade Americana de Sociologia em 27 de dezembro de 1939. No entanto, outras denominações são de uso corrente na literatura jurídico-penal mundial sobre o tema, a saber: a) *occupational crime* (crime profissional); b) *kavalierdelikt* (criminalidade de cavalheiros); c) *crime of powerful* (crime dos poderosos); d) criminalidade do colarinho branco, em vários idiomas: *white collar criminality* (inglês), *weisse-kragen kriminalität* (alemão), *delincuencia de cuello blanco* (espanhol), *criminalité em col blanc* (Francês), *criminalitá in colletti bianchi* (italiano); e) delito ou crime econômico, em português; e em vários idiomas: *economic crime* (Grã Bretanha), *delits d'affaires* (França), *wirtschaftsdelikte* (Alemanha), *delito económico* (Espanha e países de língua hispânica). Em que pese a difusão da expressão *white collar crime* de Edwin Sutherland, verifica-se que a denominação delinqüência econômica começa a mostrar certo predomínio, em especial na doutrina europeia.[604] No Brasil são comuns as expressões crime ou delito econômico, crime do colarinho branco e criminalidade econômica.

Por outro lado, constata-se que o conceito de delito econômico depende do critério definitorial que se emprega para formulá-lo, já que são várias as perspectivas que a doutrina penal utiliza para defini-lo, resultando, portanto, em várias divergências acerca de seu conceito.[605]

a) Conceito de delito econômico segundo o critério criminológico

Esse critério serviu de base às primeiras tentativas de conceituar o delito econômico, tendo como ponto de partida a tese apresentada por Edwin Sutherland[606] sobre o *White collar crime*[607] nos Estados Unidos da América, a qual é resultado de suas investigações empíricas a

---

[604] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 47/50; TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 9; CASTILHO. *Op. cit*., 1998, p. 63/64.

[605] Nesse sentido, Rodrigo Sánchez Rios (*op. cit*., 2000, p. 440) também destaca: "É preciso observar que inexiste um conceito pacífico na doutrina estrangeira em torno do 'delito econômico'. Isto se dá em consequência dos diferentes critérios empregados para conceituá-lo, dentre os quais cabe ressaltar o bem jurídico tutelado, o *modus operandi*, os efeitos produzidos ou o sujeito da conduta".

[606] SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime.** Binghamton/NY: Vail-Ballou Press, 1983. SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Madrid: Ediciones La Piqueta, 1999.

[607] Ela Castilho (*op. cit*., 1998, p. 62) informa que a sociologia americana utilizava a expressão *white collar* para designar os trabalhadores não-manuais (em oposição aos trabalhadores manuais, chamados de *blue collar*

respeito das infrações (penais e não penais) à lei antitruste norte-americana, praticadas por empresários e profissionais liberais de elevado *status* social em suas relações profissionais nas primeiras décadas do século XX. A partir de seu estudo, Edwin Sutherland[608] definiu o crime econômico – denominado *White collar crime* – como "um delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* social alto no curso de sua ocupação".

Os estudos de Edwin Sutherland indicaram os traços característicos essenciais à primeira definição do delito econômico, a saber: a) prática de um delito; b) elevado *status* social do agente; c) existência de uma relação entre a infração e a atividade profissional do autor. Destaca-se que Edwin Sutherland tem o mérito de descobrir que a delinquência não é algo privativo das classes sociais baixas e de demonstrar a existência de uma delinquência nas classes sociais superiores e dirigentes da sociedade. A essas características somam-se outras, tais como: a lesão da confiança nas relações mercantis, o abuso da credulidade ou ignorância da vítima, a utilização de especial astúcia do agente para impedir o descobrimento do delito (apresentando o fato como lícito ou impedindo a consciência sobre a ilicitude do fato), a criação de uma imagem de honorabilidade do agente, a filiação do autor a um segmento econômico etc.[609]

O critério criminológico de conceituação do delito econômico é consequência de investigações sobre a delinquência que identificaram que seus autores pertenciam a um grupo de pessoas de elevado *status* social e que a prática do fato é realizada no marco de sua atividade profissional ou empresarial. Por outro lado, objeta-se que o critério criminológico não apresenta pontos de contato com a noção jurídica do delito econômico, uma vez que para esta o importante são as características dos comportamentos praticados e a qualidade dos bens jurídicos afetados, e não as peculiaridades pessoais dos agentes.[610]

b) Conceito de delito econômico segundo o critério pragmático

Klaus Tiedemann[611] informa que esse critério foi empregado pelo legislador alemão quando, ao estabelecer a competência das Salas de Penal-econômico, constatou a necessidade de determinar quais condutas deveriam ser consideradas delitos econômicos. Assim, a Lei de

---

em razão da cor azul de seus uniformes), bem como para descrever a classe média norte-americana. Edwin Sutherland foi o primeiro a aplicá-la em estudos criminológicos.

608 SUTHERLAND. *Op. cit*., 1983, p. 7. SUTHERLAND. *Op. cit*., 1999, p. 65.

609 BAJO FERNANDEZ. *Op. cit.*, 1978, p. 47/48.

610 RIGHI, Esteban. **Los delitos económicos**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2000, p. 93.

611 TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 30/31.

organização dos tribunais trouxe em seus cinco primeiros números uma relação de fatos imputados como delitos econômicos, embora tenha tomado a qualidade do agente para indicá-los, adotando desse modo o critério criminológico para relacioná-los.

Segundo Esteban Righi,[612] esse critério surgiu da necessidade de se agrupar os distintos tipos penais que surgiram para atender ás exigências da criminalização primária de comportamentos lesivos à ordem econômica.

c) Conceito de delito econômico segundo o critério criminalístico ou processual

Sob essa perspectiva certos delitos patrimoniais clássicos se caracterizam como delitos econômicos, à medida que para a decisão do caso concreto são necessários especiais conhecimentos da vida econômica.[613]

Sobre esse critério é oportuno trazer a lume as considerações de Figueiredo Dias e Costa Andrade:

> Já se pretendeu também definir o delito económico numa perspectiva *criminalística*. A partir da circunstância de os crimes econômicos, em virtude da sua normal complexidade, só poderem ser investigados e julgados mediante processos especiais, por polícias e magistrados dotados de conhecimentos da moderna vida econômica e mediante o dispêndio de avultadas quantias, foi-se ao ponto de negar qualquer outra nota identificadora do crime contra a economia. Tal conceito assumiria apenas um significado meramente criminalístico. Tratar-se-ia de crimes patrimoniais qualificados apenas pela complexidade da sua prática e, consequentemente, da sua investigação. É uma perspectiva inadequada. Eleva à categoria de nota essencial dum fenômeno uma sua característica (apenas) normal e que, por isso, não satisfaz as exigências da dogmática e da política criminal. [614]

Para Klaus Tiedemann[615] o critério criminalístico é extraordinariamente amplo e inseguro, sendo, portanto, objetável do ponto de vista constitucional.

d) Conceito de delito econômico segundo o critério da violação da confiança

Nessa concepção, que é de caráter criminológico, o delito econômico é definido em função da violação da confiança em que se assenta a vida econômica e sem a qual não seria

---

[612] RIGHI. *Op. cit*., 2000, p. 93.
[613] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 31.
[614] DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 333.
[615] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 31.

possível o exercício da atividade econômica. Assim, o delito econômico consiste em toda obtenção indevida de benefícios através da exploração da confiança que conduz a vida econômica. Seria um desvio de poder ou utilização abusiva de poderes por superiores hierárquicos de empresas, que utilizariam essa capacidade de decisão para fins indevidos. Todavia, adverte-se que não é unívoco o papel da violação da confiança como elemento definidor do delito econômico.[616]

e) Conceito de delito econômico conforme o bem jurídico no critério da conceituação normativa

Não obstante os critérios supramencionados ofereçam uma certa aproximação conceitual acerca do delito econômico, entende-se que apenas numa perspectiva jurídica pode-se obter uma definição que seja útil tanto no plano da política criminal quanto na atividade legiferante.[617] A identificação do delito econômico deve necessariamente partir da noção de bem jurídico-penal, haja vista ser este o núcleo finalístico da norma penal. Assim, a conceituação do delito econômico deve empregar como parâmetro a ideia do bem jurídico protegido, por ser o único que permite evitar ambiguidades e contradições, possibilitando assim conclusões homogêneas.[618] Com efeito, as considerações sobre o conceito de delito econômico sob o prisma jurídico-penal tem na noção de bem jurídico-penal o parâmetro para conceituação, identificação e classificação das infrações contra a ordem econômica nacional. Considera-se, *grosso modo*, como delito econômico toda conduta lesiva ou que exponha a perigo os elementos que compõem a ordem econômica estatuída em determinado país.

Desse modo, tomando-se como critério o bem jurídico tutelado para delimitar conceitualmente os delitos econômicos, classificam-se estes em: a) delitos conta a concorrência – contra a liberdade de concorrência e de concorrência desleal; b) delitos contra a propriedade intelectual e industrial; c) delitos contra o sistema creditício monetário; d) delitos contra o sistema tributário nacional; e) delitos contra as atividades empresariais (crimes societários, falenciais e usura); f) delitos contra o controle estatal da produção e comercialização, fraudes alimentícias; g) crimes contra o consumidor; h) crimes contra o meio ambiente.[619]

---

[616] DIAS; ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 334.
[617] DIAS; ANDRADE. *Op. cit.*, 1998, p. 334.
[618] CERVINI. *Op. cit.*, 2003, p. 85.
[619] RIOS. *Op. cit.*, 2000, p. 441.

Miguel Bajo Fernandez[620] ensina que a conceituação de delito econômico deve partir da noção de ordem econômica como bem jurídico para se obter uma certa univocidade conceitual, embora seja necessário distinguir entre uma concepção restrita e outra ampla da ordem econômica, para evitar-se definições imprecisas e vagas a respeito das infrações contra a Economia.

Assim, Miguel Bajo Fernandez conceitua primeiramente o delito econômico:

> Delito econômico em sentido estrito é a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica, entendida como regulação jurídica da intervenção estatal na economia de um país. [621]

Esse conceito reduziu excessivamente o conteúdo do direito penal econômico, uma vez que o delito econômico consiste tão somente na infração que lesiona ou põe em perigo a atividade interventora do Estado na Economia, abrangendo apenas os delitos contra a determinação ou formação dos preços, os delitos monetários, as infrações de contrabando e crimes tributários. Para além disso, reconhecia-se nesse conceito uma enorme discrepância com a concepção criminológica da criminalidade econômica, que abarcava autores de fatos muito distintos dos mencionados delitos.[622]

No que tange às deficiências do conceito de delito econômico em sentido estrito, Juán Rodriguez Estévez destaca que:

> Sem embargo, este conceito parece vinculado excessivamente a um modelo econômico de forte intervenção estatal. Em nosso tempo, a crise do chamado Estado do bem-estar social (*Welfare State*) e a aparição de novos direitos de índole difusa vinculados à economia, o meio ambiente e os serviços, exigem um conceito mais amplo. A concepção estrita da ordem econômica não é suficiente para abarcar nela uma série de fatos de grande transcendência também para interesses socioeconômicos e que excedem o âmbito puramente patrimonial individual. Esta circunstância faz difícil incluí-los ou sancioná-los corretamente com a estrutura dogmática dos clássicos delitos patrimoniais. A modo de exemplo, pode fazer-se referência às fraudes contra consumidores, aos abusos no âmbito das sociedades comerciais e às alterações de preços no mercado. [623]

Para harmonizar os objetivos das investigações criminológicas sobre a criminalidade econômica – no sentido de *white collar crime* – e também alcançar as condutas lesivas não

[620] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 42.
[621] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 42.
[622] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 42/43.
[623] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 64.

abrangidas pela concepção restrita de crime econômico com o conteúdo do direito penal econômico, desenvolveu-se nos anos de 1970, tanto na seara doutrinal quanto na atividade legiferante, uma concepção ampla do delito econômico.[624]

Miguel Bajo Fernandez aduz que:

> Delito econômico em sentido amplo é aquela infração que, afetando a um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, em segundo plano, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. [625]

Essa concepção ampla do delito econômico estendeu o campo de abrangência do direito penal econômico, permitindo alcançar os fatos decorrentes do sentido de *white collar crime* e aquelas lesões aos bens jurídicos econômicos de caráter supraindividual, como, p. ex., a livre concorrência, fraudes financeiras etc. Não obstante, o próprio Miguel Bajo Fernandez[626] reconhece que há uma perda de univocidade e precisão em relação ao conceito de delito econômico. Isso porque são evidentes as dificuldades para delimitar o âmbito do delito econômico, que passou a ser compreendido como uma infração que afeta a um bem jurídico patrimonial individual, lesionando, no entanto, em segundo plano, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens econômicos. Em face disso, adverte-se que a noção ampla de delito econômico, ao colocar os bens individuais em primeiro plano da proteção penal, torna impossível a distinção destes em relação a um delito patrimonial clássico.[627] Impende salientar que nem toda lesão a um bem jurídico de conteúdo patrimonial individual será considerada como delito econômico, pois apenas são reputadas delitos econômicos as condutas que lesionam os bens patrimoniais individuais que afetam o funcionamento regular do mercado de bens e serviços.[628]

Klaus Tiedemann[629] salienta que essa concepção ampla é uma solução conciliatória e obedece a uma clara tendência internacional, uma vez que considera como delito econômico tanto as infrações às normas de planificação estatal da Economia como o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica nacional. O referido autor pontifica ainda que esse também foi o critério unânime do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito

---

[624] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit.*, 2000, p. 65.; RIGHI. *Op. cit*., 2000, p. 100.
[625] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 43.
[626] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit.*, 1978, p. 43.
[627] RIGHI. *Op. cit.*, 2000, p. 100/101.
[628] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p. 63.
[629] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 20.

Penal, sobre *O conceito e os princípios fundamentais do direito penal econômico e da empresa*, realizado no Cairo em 1984.

Na atualidade verifica-se que ainda prevalece a adesão à concepção ampla do delito econômico em decorrência da necessidade pragmática de se estabelecer uma categoria aglutinante das mais variadas agressões aos processos econômicos e da tendência de postergar os rigores sistemáticos da dogmática penal.[630]

Por outro lado, adverte-se que o objetivo de harmonizar a concepção criminológica dos delitos econômicos com o conteúdo normativo do direito penal econômico que se pretende com essa concepção ampla não compensa a imprecisão e confusão que inevitavelmente se produzem com sua formulação.[631]

Sendo assim, busca-se apresentar um conceito de delito econômico em conformidade com o contexto econômico contemporâneo e que possa sintetizar a ideia contida em ambas as concepções, restrita e ampla, a seu respeito, a saber: o delito econômico consiste numa conduta lesiva à ordem econômica nacional. Para tanto, deve-se considerar que: a) o bem jurídico é o parâmetro fundamental para a conceituação jurídico-penal do delito econômico; b) a ordem econômica é o bem jurídico afetado pelo delito econômico; c) em face do contexto econômico contemporâneo, no qual predomina a economia de mercado, não mais se justifica uma dupla acepção da ordem econômica.

Em face dessas considerações, delito econômico é uma conduta praticada por um agente econômico durante a realização de suas relações econômicas que lesiona ou põe em perigo um dos elementos que compõem a ordem econômica nacional. Por conseguinte, a ordem econômica deve ser compreendida como a ordenação jurídica dos elementos da Economia que configuram o sistema econômico estatuído constitucionalmente. Noutros termos, a ordem econômica consiste na regulamentação jurídica da atividade econômica, representando esta as atividades de produção, distribuição e consumo de bens econômicos. Com efeito, o delito econômico atinge diretamente um dos elementos ou interesses econômicos tutelados pela ordem econômica, lesionando o regular funcionamento da economia nacional.

---

630 CERVINI. *Op. cit.*, 2003, p. 89. Raúl Cervini (*op. cit.*, 2003, p. 92/93) entende que o conceito em sentido amplo do delito econômico enseja confusão e perda de contato com o rigor dogmático penal. Para além disso, aduz que talvez nunca se consiga um conceito unitário de delito econômico.

631 RIGHI. *Op. cit*., 1991, p. 321/323.

Não obstante, no Direito brasileiro não há como se formular um conceito de delito econômico exclusivamente sob o critério normativo, em face da ausência de sistematização das normas penais referentes à criminalidade econômica. No entanto, em quatro momentos tentou-se sistematizar normativamente os crimes contra a ordem econômica, a saber: 1º) o Anteprojeto para reforma da parte especial do código penal de 1984/1987 trazia um Título XII dedicado aos "Crimes contra a ordem econômica, financeira e tributaria", no qual se percebia a adoção da concepção ampla[632] de delito econômico; 2º) o esboço de Anteprojeto para reforma da parte especial do código penal de 1992/1994 apresentava um Título XII destinado aos "Crimes contra a ordem econômica e financeira" que, segundo um dos seus autores, João Marcello de Araújo Jr., estava atualizado com a ciência criminal do seu tempo e se inspirava nas mais modernas legislações sobre o tema do direito comparado; 3º) o Anteprojeto para reforma da parte especial do código penal de 1998 decidiu remeter à legislação especial a matéria dos crimes contra a ordem econômica sob o argumento de que se tratava de "instituto ainda em formulação";[633] 4º) em 2002, o então Ministro da Justiça, Miguel Reale Júnior, constituiu uma comissão para estudar e propor uma revisão dos crimes contra a ordem pública, previstos na Lei nº 8.137/1990.[634]

Assim, no direito penal brasileiro os crimes contra a ordem econômica têm sido tratados casuisticamente por meio de legislação extravagante conforme a necessidade, sendo, portanto, impossível a formulação de um conceito normativo consistente de delito econômico.[635] Nesse contexto, vislumbram-se ainda atuais as considerações de Nilo Batista[636] que, em 1982, salientava que os delitos econômicos consistem, na verdade, em agrupamentos de delitos, de forma improvisada e às vezes conflituosa, a respeito da atividade econômica, organizados segundo o bem jurídico atingido, mas também conforme o sujeito ativo ou sujeito passivo, ou ainda conforme uma específica política econômica referente a determinado produto etc. Desse modo, torna-se difícil conceber unitária e homotipicamente as infrações de direito penal econômico.

---

632 CASTILHO. *Op. cit.*, 1998, p. 112.
633 ARAÚJO JUNIOR. *Op. cit.*, 1999, p. 143/148.
634 OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem econômica e direito penal antitruste**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 144/145.
635 CASTILHO. *Op. cit*., 1998, p. 115.
636 BATISTA. *Op. cit*., 1982, p. 82.

3.8. O direito penal econômico como expressão da dogmática jurídico-penal contemporânea

No mundo e sociedade contemporâneos a Economia, como um dos aspectos do sistema social, adquiriu preponderância sobre todos os demais sistemas da vida social. Há, assim, o predomínio da Economia nos diversos aspectos do viver atual, constituindo grave ofensa pôr em risco a sua posição e o seu funcionamento regular. Para além disso, constata-se que o poder econômico chega a eclipsar o poder estatal. Por outro lado, os fatos que afetam o regular desenvolvimento das relações econômicas são considerados como condutas intoleráveis que atingem o desenvolvimento econômico da nação e o bem-estar da sociedade. É nesse contexto que o Direito se ocupa cada vez mais em tutelar a realização da atividade econômica com vistas a assegurar o desenvolvimento econômico nacional e o atendimento das necessidades humanas de modo satisfatório. Não obstante, o incremento no exercício da atividade econômica tornou-a uma nova fonte de riscos para diversos bens jurídicos, fazendo surgir a necessidade de um tratamento jurídico-penal mais destacado sobre as relações econômicas, para impedir/controlar a ocorrência de danos à sociedade.

Nesse cenário, a tutela penal tem sido empregada cada vez mais para manter a realização das relações econômicas em conformidade com as regras de mercado. Desta feita, o direito penal econômico apresenta-se como a principal manifestação da dogmática penal e da legislação criminal das últimas três décadas, haja vista sua importância nesse contexto de predomínio do aspecto econômico na atualidade. Cumpre, ainda, salientar que a copiosa reflexão dogmática sobre o direito penal econômico consiste em tentativas de desenvolvê-lo como um corpo teórico unitário capaz de agrupar todos os denominados delitos econômicos, bem como busca precisar uma definição de criminalidade econômica, considerada a criminalidade dos tempos atuais.

Portanto, o direito penal econômico, já há algum tempo, se encontra no centro dos interesses e reflexões penais, sendo que:

> nos últimos anos sua centralidade tem sido mais acentuada, devido ao processo de expansão penal que – não só no âmbito teórico – tem caracterizado o passo da sociedade capitalista à pós-capitalista, com o objetivo, nem sempre bem dissimulado, de aprisionar, dentro de esquemas legais, comportamentos econômicos que poderão significar uma degeneração da lógica predominante do mercado. Se há um setor da

> experiência penal representativo das instancias político-criminais da orientação de pensamento que leva o nome de "panpenalismo", este é precisamente o Direito penal econômico.[637]

Desse modo, o direito penal econômico passou a ser objeto de interesse de todos os protagonistas do *acontecimento penal* (isto é, do legislador penal, da doutrina e da jurisprudência) com uma assiduidade e frequência fora do comum. Por consequência, a quantidade de direito penal econômico introduzida no ordenamento jurídico aumentou progressivamente.[638]

Eduardo Correia assinala que:

> O chamado direito penal económico (ou da economia) tem sido, nos últimos tempos, matéria de larga investigação e interesse.
> Reúnem-se congressos, mesas redondas, proferem-se conferencias, escrevem-se inumeráveis artigos em revistas, elaboram-se tratados, criam-se comissões de estudos para o combate à criminalidade económica que procuram descrever, analisar e explicar a fenomenologia do direito e da criminalidade económica. [639]

É forçoso reconhecer que o direito penal econômico é um ramo da ordem jurídico-penal de grande interesse e atualidade, como se constata nas observações de Klaus Tiedemann, *in verbis*:

> a importância do direito penal econômico é cada vez maior. Hoje em dia na república federal alemã aproximadamente um de cada três fiscais trabalha em assuntos penais econômicos, e o numero de Salas especializadas em direito penal econômico nas audiências Provinciais tem aumentado notavelmente nas últimas duas décadas.[640]

Pode-se, inclusive, afirmar que o direito penal econômico é a manifestação mais destacada e importante do direito penal contemporâneo, como afirma Luís Gracia Martín, nesses termos:

> O Direito penal econômico e do meio ambiente é uma manifestação particular – a meu juízo, a mais destacada e importante – do Direito penal moderno. A criminalidade econômica não é um fenômeno novo, mas sim o são os interesses políticos e científicos atuais pela mesma e as tendências

---

[637] MUSCO, Enzo. El nuevo derecho penal económico entre el poder legislativo e el poder executivo. *In* TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; SÁNCHEZ, Maria Acale (org.). **Temas de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 169.
[638] MUSCO. *Op. cit.*, 2004, p. 170/171.
[639] CORREIA. *Op. cit.*, 1998, p. 293.
[640] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1993, p. 27.

> legislativas para a construção e consolidação de um Direito penal econômico e do meio ambiente. [641]

Muñoz Conde também tem apontado a importância do direito penal econômico na dogmática atual, *ipsis litteris*:

> O Direito penal econômico é, sem dúvida, uma parte importante do moderno Direito penal e talvez uma das que tenham mais futuro, mas todavia falta uma elaboração doutrinal capaz de dizer com certeza qual é a extensão, conteúdo e limites que deve ter este setor do Direito penal. [642]

Por outro lado, a atual relevância se acentua devido ao fato de sua constituição como pólo de inovação e renovação do próprio direito penal geral.[643] Isso porque o aumento desmesurado da participação da criminalidade econômica e das empresas na sociedade contemporânea exigiu um repensar da funcionalidade do direito penal econômico, resultando em inovações e alterações na dogmática jurídico-penal tradicional.[644] Assim, o direito penal econômico tem renovado e inovado a dogmática penal e se colocado como um desafio para os intérpretes penais à medida que tem contribuído para pôr em crise os princípios fundamentais do direito penal liberal, tais como: a legitimação material dos delitos de perigo abstrato como modelo de tutela antecipada, o princípio da mínima intervenção, da proporcionalidade e os parâmetros tradicionais de atribuição de um resultado a uma conduta. Desse modo, o direito penal econômico tem causado séria alteração nos fundamentos do direito penal contemporâneo, o que tem levado a se apontar essa crescente expansão penal como um fenômeno de "fiscalização" e "administrativização" da tutela penal a ponto de acusar a constituição de um Estado de polícia sobre o Estado de Direito.[645]

Nessa ordem de ideias, Enzo Musco[646] destaca que: "não é errôneo afirmar que o direito penal econômico constitui um singular e privilegiado observatório que permite alimentar uma reflexão teórica, solidamente fincada, por demais, nos valores e características estruturais do sistema penal em geral".

Verifica-se ainda que o direito penal econômico constitui-se como uma área de neocriminalização, pois se constata que o conjunto de normas que disciplina o exercício da

---

[641] Nesse sentido: GRACIA MARTÍN, Luís. **Prolegómenos para la lucha por modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, p. 65.
[642] MUÑOZ CONDE. *Op. cit*., 1982, p.108.
[643] COSTA; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 349.
[644] SILVEIRA. *Op. cit*., 2006, p. 66.
[645] RODRIGUEZ ESTÉVEZ. *Op. cit*., 2000, p.31 e 36.
[646] MUSCO. *Op. cit.*, 2004, p. 169.

atividade econômica resulta, quase sempre, numa configuração de inéditas infrações criminais.[647] Por isso é motivo de preocupação de diversos organismos internacionais.[648]

É, portanto, em decorrência de sua necessidade e relevância para o contexto social contemporâneo, cujo predomínio da Economia é quase absoluto sobre os demais âmbitos da vida social, e de sua atuação como fonte de inovação e alteração da dogmática penal, que o direito penal econômico é considerado como a principal manifestação do direito penal atual.

[647] AFTALIÓN. *Op. cit.*, 1959, p. 23.
[648] SILVEIRA. *Op. cit*., 2006, p. 66.

PARTE II:

A TUTELA PENAL ANTITRUSTE

CAPÍTULO 4: **A TUTELA ANTITRUSTE: PROTEÇÃO JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA**

CAPÍTULO 5: **A TUTELA PENAL ANTITRUSTE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO BRASILEIRO**

CAPÍTULO 4

A TUTELA ANTITRUSTE: PROTEÇÃO JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares, 2. A livre concorrência e sua tutela jurídica, 2.1. Antecedentes históricos da tutela da concorrência, 2.2. A concorrência e a concentração de poder econômico, 2.3. A tutela jurídica da livre concorrência: formação da tutela antitruste no Direito comparado, 2.4. A tutela antitruste no Direito brasileiro, 2.5. Finalidades da tutela antitruste no Direito brasileiro.

A filosofia da 'Lei Sherman' é que o poder econômico deve ser repartido em muitas mãos de forma que os destinos do povo não dependam dos caprichos ou prejuízos de uns poucos homens que tenham excessivo poder econômico.[649]

Jaime Villegas Cayon

No direito brasileiro a gênese da Lei Antitruste encontra-se nos dispositivos que tratam dos crimes contra a economia popular.[650]

Benjamin Shieber

É no Decreto-lei 869, de 1938, que se colocam, pela primeira vez, em nosso sistema jurídico, algumas normas antitruste que perduram até hoje.[651]

Paula Forgioni

4.1. Considerações preliminares

O exercício da atividade econômica é intimamente regido pela ideia de competição e de conquista de parcela de um determinado mercado de bens e serviços. Assim, a economia de mercado exige como pressuposto para seu regular funcionamento o contexto de livre iniciativa e de liberdade de concorrência econômica, cabendo ao Direito disciplinar o comportamento dos agentes econômicos e tipificar as práticas anticoncorrenciais com vistas a reprimir o abuso do poder econômico que possa afetar a livre concorrência no mercado.

A tutela jurídica da concorrência destina-se a prevenir e reprimir os atos anticoncorrenciais imputáveis aos agentes econômicos quando lesivos ao funcionamento regular dos mecanismos da Economia de mercado. O conjunto de normas que compõem a tutela jurídica da concorrência é denominado direito antitruste ou tutela antitruste, já que essa

[649] VILLEGAS CAYON. 1970, p. 5.
[650] SHIEBER. 1966, p. 3.
[651] FORGIONI. 2005, p. 115.

terminologia exprime melhor o seu objetivo, que é controlar o exercício abusivo do poder econômico, não obstante tenha entre suas finalidades principais a proteção da livre iniciativa e da livre concorrência.[652]

Neste capítulo apresentar-se-á a origem e a configuração das normas jurídicas antitruste, tendo em vistas os fundamentos e as finalidades da tutela antitruste.

[652] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 67. A respeito da terminologia do antitruste, é oportuno o magistério de Paula Forgioni (**Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 268/269), que destaca: "— Quando se refere à 'lei de tutela da livre concorrência', está se colocando, justamente, a livre concorrência ou a livre iniciativa como interesse maior protegido pela Lei Antitruste. Não que a repressão ao abuso do poder econômico não seja perseguida: ao contrário, mas apenas na medida em que seja instrumental à tutela da livre concorrência. Nesse sentido, podemos dizer que o *Sherman Act* é uma 'lei de tutela da livre concorrência'. — Já ao falarmos em 'repressão ao abuso do poder econômico', por óbvio a estamos privilegiando em grau máximo. Assim, algumas práticas, ainda que não prejudiciais à livre concorrência, serão vedadas pela lei. Como exemplo, tome-se a repressão aos lucros arbitrários, que seriam um fator de fomento (e não de prejuízo) para a concorrência, mas que são considerados infração à ordem econômica por nossa Lei Antitruste. — No Brasil, considerando-se o teor do art. 173, § 4ª, da CF, parece-nos não haver dúvidas de que a Lei 8.884, de 1994, é uma *lei de repressão ao abuso do poder econômico*".

4.2. A livre concorrência e sua tutela jurídica

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 terceiros 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.[653]

Kenneth G. Dennis, partindo da análise do verbo inglês *to compete*, conclui que o vocábulo *concorrência* em seu uso coloquial (e neutro) difundiu-se, na Inglaterra, a partir do século XIV, tendo adquirido um significado ativo (ou conotação econômica) somente por volta do século XVI, nesse mesmo país, embora reconheça a possibilidade de existência de termos equivalentes em francês e italiano de data anterior. É no século XVIII que o termo *concorrência* passou a ser referido claramente com o sentido técnico-econômico de fator de ajustamento dos preços e do mercado. Assim, é no contexto do liberalismo econômico que se inicia a regulamentação da concorrência para fins de manutenção do sistema de produção, ou seja, manutenção do próprio mercado, pois nos estágios históricos anteriores sua disciplina decorria de razões práticas ligadas ao fornecimento de mercadorias para atendimento das necessidades da população.[654]

José Inácio Franceschini, ao tratar a respeito da origem histórica da legislação antitruste, destaca que:

> O período histórico anterior à Revolução Industrial pouco contribuiu para o florescer da novel legislação, posto ser a regulamentação antitruste produto da reação popular e estatal contra o chamado "capitalismo selvagem", fenômeno cronologicamente recente. [655]

Nesse diapasão, antes, porém, de se apresentar o contexto e os fundamentos da tutela jurídica antitruste, será abordada, em linhas gerais, a suma da regulação legislativa da

---

[653] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 29.
[654] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 29/31.
[655] FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Ensaios reunidos**. A lei antitruste brasileira e o conselho administrativo de defesa econômica (CADE): alguns aspectos. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 104.

atividade dos agentes econômicos em face da ideia de concorrência própria das fases históricas marcantes da civilização ocidental.

4.2.1 Antecedentes históricos da tutela da concorrência

Na Grécia antiga disciplinava-se a atuação dos agentes econômicos por meio da regulamentação dos monopólios, que de modo geral destinavam-se a gerar receitas consideráveis para o governo. Nesse contexto, havia os monopólios estatais, que se caracterizavam por sua curta duração e instituição, pelo governo, por força de períodos de dificuldades econômicas. Por outro lado, sabe-se que os monopólios privados não eram totalmente proibidos. No entanto, há indícios seguros de que a atuação dos agentes econômicos que detinham um certo "poder de mercado" era regulamentada com o objetivo de proteger a população contra manipulações de preços e escassez artificial de produtos. Assinala-se que o primeiro registro de um caso antitruste na história foi a denúncia levada ao conhecimento do Senado de Atenas e depois a um tribunal no ano de 386 a. C., referindo-se ao acordo celebrado pelos comerciantes de grãos da região da Ática, nos anos de 388-387 a. C., que para fazer cessar a concorrência entre si e poder adquirir quantidade de mercadorias acima do legalmente permitido formaram uma espécie de associação. O acordo foi levado ao tribunal sob a acusação de que os acordantes estocavam as mercadorias para vender por preços extorsivos em tempos difíceis. Entretanto, não se sabe o resultado do julgamento.[656]

Na Roma antiga também existiam normas referentes à atuação dos agentes econômicos, havendo monopólios estatais que forneciam grande parte das receitas do governo e também a concessão de monopólios privados, que em dado momento chegaram a abranger toda a distribuição de alimentos. Entretanto, o Direito romano coibia a usura no comércio de grãos e o abuso de direitos industriais e mercantis. A *Lex Juliae de Annona* reprimia a especulação de preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais. Por sua vez, o próprio imperador Augusto chegou a se encarregar pessoalmente dos negócios de grãos relativos à cidade de Roma. Posteriormente, o imperador Tibério fixou-lhes o preço máximo, enquanto Nero proibiu as vendas clandestinas, as vendas de contado e permitiu apenas as vendas em mercados públicos. Em 301 d. C., o imperador Diocleciano estabeleceu o preço máximo para mercancias com todas as mercadorias e também para o trabalho.[657] Em 483 d.

---

656 FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 34/37.

657 MOMMSEN. *Op. cit.*, 1898, p. 302-306. DIAS; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 324. LYRA. *Op. cit.,* 1940, p. 120/121. GIORDANI. *Op. cit*., 1987, p. 73.

C., o Édito de Zenão (ou Zeno) regulamentou política de monopólios. Nesse período já se percebe a existência de preocupação com o preço praticado e com as condições de concorrência, pois se proibia o abuso de preços e o açambarcamento de mercadorias, entre outras práticas comerciais. Nesse contexto, as normas referentes aos monopólios buscavam "reprimir o abuso do poder econômico" com o objetivo de evitar que a população fosse prejudicada pelas concessões governamentais. Não obstante, cumpre salientar que não havia a idéia da antítese monopólio/livre concorrência, já que se buscava apenas evitar comportamentos econômicos nocivos à população, tais como preços extorsivos e escassez artificial de produtos.[658]

Na Idade Média também existiam monopólios estatais para estocagem e distribuição de gêneros alimentícios, por razões políticas e sociais. Conferia-se, ainda, aos particulares a liberdade de negociar, assegurando-se, porém, ao poder estatal a preferência ou exclusividade na aquisição das mercadorias, até que fossem restabelecidos os estoques destinados à manutenção das forças militares e da população da cidade em momentos de escassez. Nas grandes cidades surgiram também autênticos monopólios privados, à semelhança das grandes concentrações econômicas do século XX, tais como o consórcio entre comerciantes de Veneza em 1283, para fins de neutralizar a concorrência no mercado sírio; o consórcio celebrado, em 1301, entre os banqueiros e mercadores de Florença para explorar as salinas de Angioini, e também o consórcio celebrado entre esses, em 1358, para monopolizar a exportação cipriota de produtos oriundos da Síria. Além disso, surgiram as corporações de ofício como associações para proteger interesses em comum de determinados agentes econômicos. As corporações de ofício tinham por finalidade neutralizar qualquer concorrência entre os agentes econômicos da coalizão, pois suas regras estabeleciam a uniformização dos preços e da qualidade do produto. Para além disso, as corporações eram instituídas e organizadas de modo a assegurar o monopólio da atividade econômica por ela regulamentada. Cabe mencionar que nessa época, a exemplo da contemporaneirdade, houve reações contra os cartéis e monopólios estabelecidos por tais corporações.[659]

A partir dos comentários dos pós-glosadores ao Édito de Zenão desenvolveu-se na literatura da época do mercantilismo um certo espírito de condenação aos monopólios e a toda atividade e acordo monopolístico. Sob esse prisma, os estatutos das cidades italianas passaram a proibir o açambarcamento de mercadorias, controlar e fixar os preços dos produtos, entre

[658] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 37/39.
[659] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 39/50.

outras determinações, para fins de minimizar os efeitos indesejáveis dos monopólios. Nesse contexto, teve início a distinção entre monopólios ilícitos e lícitos, sendo estes últimos aqueles outorgados pelo soberano, tendo em vista o bem comum. Em meio à época das navegações ultramarinas, os monopólios legais exercidos pelo Estado ou por particulares, mediante concessão, foram largamente utilizados no comércio colonial entre a metrópole e suas colônias. Assim, Veneza, Portugal e Espanha detinham o monopólio do comércio marítimo, embora facilitassem a participação de navios privados em seus empreendimentos. Os Estados colonizadores impunham um sistema de exclusividade na relação comercial com as suas colônias, pois detinham o monopólio da compra, venda e transporte dos produtos da colônia, além de fixar unilateralmente o preço das mercadorias. Esse poder de monopólios constituía um poderoso instrumento de poder nas mãos do soberano europeu, que o empregava para garantir a entrada de receitas fiscais em seus cofres.[660]

No final do século XVI, na Inglaterra, começa-se a contestar o poder do soberano de conceder monopólios. É a partir dessa reação ao poder real de concessão de monopólios que tem início a história da tutela antitruste, tal a qualidade dos argumentos expendidos nas decisões dos tribunais ingleses que julgaram os primeiros casos sobre o tema. O primeiro julgamento nesse sentido é o *Case of Monopolies* (*Darcy vs. Allen*), julgado em 1603. Trata-se de um processo a respeito da concessão de monopólio sobre a fabricação e importação de cartas de baralho que a rainha Elizabeth concedeu a Edward Darcy. Discutiu-se a concessão do monopólio no tribunal porque o réu, Allen, violou o monopólio de Darcy em Londres. O Tribunal de King's Bench acatou as razões do réu no sentido de que o monopólio seria ilegal na *Common Law*, julgando assim que o privilégio contrariava o interesse público, à medida que permitia a prática de preços de monopólio e a redução da qualidade do produto, além de impedir a entrada de novos agentes econômicos no mercado. Essa reação ao poder real de conceder monopólios, após outros julgamentos semelhantes, ensejou a aprovação pelo Parlamento inglês, em 1624, do *Statute of Monopolies*, que impedia a concessão de monopólios pelo soberano inglês. Não obstante, cabe assinalar que esses precedentes não foram conduzidos pela ideia, que inexistia na época, de proteção da liberdade de iniciativa e de concorrência diante de poder do soberano inglês em matéria econômica. Havia, na verdade, uma disputa entre o Parlamento e o soberano, na qual se buscava retirar da rainha um

[660] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 50/52.

de seus mais poderosos instrumentos de poder. Todavia, ao fundamentar a decisão exarada, os julgadores acabaram apontando alguns efeitos danosos do monopólio para a Economia.[661]

Em face dessas considerações, percebe-se que desde a Antiguidade[662] existem normas que protegiam o fenômeno da concorrência e disciplinavam a concentração de poder econômico nas mãos dos agentes econômicos. Contudo, essas normas tinham a finalidade de corrigir distorções tópicas no exercício da atividade econômica para evitar comportamentos prejudiciais à população, tais como a fixação de preços por acordo, açambarcamento etc. Não havia nesses períodos anteriores a ideia de proteger a concorrência como um bem em si mesmo considerado ou como fator de estruturação de um sistema econômico de mercado.[663]

4.2.2 A concorrência e a concentração de poder econômico

O sistema de economia de mercado surgiu a partir do advento da Revolução Industrial e da revolução liberal no século XVIII. Enquanto a Revolução Industrial promoveu a expansão da produção industrial de bens econômicos para comercialização no livre mercado e um acúmulo de capital proveniente dos lucros obtidos, a revolução liberal no Direito e nas instituições jurídicas possibilitou um regime de liberdade favorável ao espírito de empresa, desdobrando-se em liberdade de concorrência comercial e de trabalho, colocando-se como o princípio fundamental da liberdade econômica.[664]

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.

No que tange ao exercício da atividade econômica, o liberalismo econômico apresenta os seguintes postulados: a) a liberdade individual em matéria econômica; b) a livre

---

[661] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 50/54. José Inácio Franceschini (*op. cit*., 2004, p. 105) informa também a existência do *Dyer's Case*, no qual um tribunal inglês, em 1414, julgou nula a cláusula contratual que impedia um tintureiro de exercer sua atividade, e do *Merchant Tailor's* (*Davenant vs. Hurdis*), de 1599, no qual um tribunal julgou ilegal a exigência da Guilda de Alfaiates de Londres de que seus membros reservassem ao menos metade do serviço de acabamento das peças para a própria corporação, em detrimento de artesãos independentes.

[662] Assim, Geraldo Vidigal (**Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Editora RT, 1977, p. 25) destaca que "as soluções jurídicas para a contenção dos monopólios nasceram dois milênios antes da revolução industrial e floresceram, na Antiguidade e na Idade Média, visando à ação dos comerciantes".

[663] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 55. Nesse sentido, Lambros Kotsiris (*apud* FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 56/57) assevera que: "A idéia do antitruste é tão antiga quanto a civilização e tão contemporânea quanto o espírito humano. Ela provém da típica tendência da natureza humana segundo a qual homens de todas as épocas buscaram aumentar seus interesses pecuniários, aproveitando-se das necessidades de seus companheiros e valendo-se dos mais variados mecanismos e métodos para realizar seu propósito".

[664] LAJUGIE. *Op. cit*., 1993, p. 45-49.

concorrência comercial e a liberdade de trabalho. Assim, para o liberalismo econômico o interesse individual coincide com o interesse geral, devendo-se, portanto, conceder plena liberdade de ação aos interesses privados,[665] pois quando o indivíduo busca a máxima satisfação pessoal está também contribuindo para a obtenção do máximo bem-estar social.[666] 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.

Nesse contexto, entende-se que a livre concorrência maximiza o desenvolvimento econômico da nação e que os benefícios desse desenvolvimento seriam partilhados por toda a sociedade.[667]

Para a concepção clássica, a economia de mercado baseia-se na premissa de um mercado atomizado,[668] 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.[669]

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,[670] 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 da atomização do

---

[665] HUGON. *Op. cit*., 1995, p. 106.
[666] SOUZA. *Op. cit*., 2003, p. 46.
[667] PINHO; VASCONCELOS. *Op. cit*., 1998, p. 37.
[668] A 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.
[669] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 171.
[670] Fábio Nusdeo (*op. cit*., 1997, p. 172) ensina que o fenômeno das economias de escala ou escala de produção são processos produtivos por meio dos quais se reduz acentuadamente o custo de produção de um bem à medida que se aumenta o volume produzido.

mercado, que constituía a base da ideia da livre concorrência para o liberalismo econômico.[671] Nesse contexto, houve a concentração de poder econômico privado em vários setores econômicos.[672] 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.[673]

Esse contexto é bem demonstrado por João Bosco Fonseca, nestes termos:

> O pressuposto teórico e abstrato de uma igualdade entre todos os integrantes do mercado, garantidora de uma atuação sem qualquer superioridade de um sobre o outro, viu-se logo falseada pela concreta desigualdade reinante entre os exercentes da atividade econômica com a finalidade da busca do lucro. Os mais fortes e mais hábeis, ou que querem tornar-se tais, logo descobrem meios de se fortalecer ainda mais e de atuar no mercado com predominância sobre os demais. Assim é que, de 1850 a 1880, começa a surgir um novo tipo de capitalismo, um capitalismo de grupo ou oligopolístico. O industrialismo passou a exigir grandes investimentos: ferrovias, bancos, companhias seguradoras, navegação. Deve-se assinalar também que a formação de grandes grupos não se originou somente do esforço interno das empresas, mas decorreu também de outorga de concessões por parte do Estado, como foi o caso da *Northern Pacific Railways*.[674]

Nesse quadro de grande 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*.[675] Esses atos de concentração econômica entre os agentes econômicos podiam resultar, em instantes, numa grande concentração de capital e de poder econômico e um dos seus objetivos principais 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. Fundamenta-se nas normas da *Common Law* que permitem ao proprietário, por meio de um contrato, transferir a outrem a

---

[671] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 6/7.

[672] Para João Bosco Fonseca (*op. cit*., 2007, p. 9) a concentração econômica empresarial decorre de três fatores: a) o desejo de aumentar os lucros; b) a necessidade de dar maior segurança ao empreendimento; c) a inserção da empresa no contexto internacional.

[673] NUSDEO. *Op. cit.*, 1997, p. 173/174.

[674] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 6/7.

[675] GOMES. *Op. cit*., 2004, p. 55.

propriedade formal de um bem – *legal owneship* −, estabelecendo que os resultados da exploração ou administração do bem reverta em beneficio do instituidor do *trust – beneficial owneship*. De modo geral, tem-se usado o termo *trust* para designar qualquer forma de união entre empresas e de concentração econômica.[676]

Na seara econômica, o *trust* é um arranjo societário no qual os acionistas de uma empresa confiam a um terceiro – o denominado *trustee* – os direitos relativos às suas ações, que passam a ser exercidos pelo *trustee* como se fosse o seu titular. Assim, o *trustee* assume todo o poder de gestão da sociedade empresarial, enquanto o titular das ações permanece apenas com direito aos dividendos dessas ações. Desse modo, um grupo de *trustee* pode dominar, mesmo sem adquiri-las, várias empresas de um determinado setor da Economia e passar a influenciar os mecanismos de oferta e demanda para controlar/eliminar a concorrência.[677]

Diante disso, 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 de um sistema de economia de mercado, que tem na livre concorrência seu pressuposto primacial.[678]

Verificou-se 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. Para 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*. [679]

[676] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 316.
[677] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 316.
[678] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 174.
[679] FONSECA. *Op. cit*., 1998, p. 15.

Em face desse contexto, surgiu a necessidade da formulação de normas jurídicas para controlar a concentração do poder econômico privado e evitar/reprimir os efeitos danosos dos comportamentos anticoncorrenciais dos agentes econômicos. Isso porque percebeu-se que os *trusts* podiam produzir diversos efeitos danosos sobre as esferas social, econômica e política da sociedade, pois estas sofriam pressões em diversas oportunidades de um poder privado e econômico, com extensões política e social, mas não legitimado pelo sufrágio ou por qualquer outra instituição democrática.[680]

A respeito das normas impeditivas de concentração econômica, Fábio Nusdeo assinala que:

> A concentração econômica e o Direito – virtualmente em todos os países do Ocidente existem leis destinadas a combater ou a atenuar o poder de controle dos oligopólios, monopólios ou formas diversas de concentração econômica sobre os mercados. Elas se destinam também a tutelar a concorrência, com vista a impedir as chamadas práticas comerciais abusivas quando, por alguma forma, distorçam os mecanismos de mercado, acabando por incapacitá-los a realizar a sua tarefa de reguladores da economia. [681]

Assim, a tutela antitruste surgiu para disciplinar o poder econômico privado decorrente do crescimento natural das unidades produtivas ou dos atos de concentração econômicas promovido entre essas unidades.

4.2.3 A tutela jurídica da livre concorrência: formação da tutela antitruste no Direito comparado

No início do sistema econômico do liberalismo os agentes econômicos tinham ampla autonomia e liberdade para competir entre si; todavia, o ânimo exacerbado por lucros e a ânsia por novos mercados levou à prática de atos desleais e abusivos na competição econômica, com vistas a excluir os demais concorrentes do mercado. Como não havia normas jurídicas para solucionar essas pendências na atividade negocial, os tribunais recorreram aos princípios da boa-fé e da lealdade, empregados pelas cortes francesas em 1852, ou a uma adaptação da *Law of torts*, como o fizeram ingleses e norte-americanos. Nesse contexto, tais atos anticoncorrenciais receberam a denominação de concorrência desleal.[682]

---

[680] GOMES. *Op. cit*., 2004, p. 55.
[681] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 175.
[682] PIERANGELI, José Henrique. **Crimes conta a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 264.

Para disciplinar esses atos anticoncorrenciais foi editado na Inglaterra o *Merchandise Marks Act* em 1877, que é a primeira manifestação de uma tutela jurídica da concorrência, a partir da qual as práticas concorrenciais desleais passaram a ser reprimidas pelas legislações.[683]

Posteriormente, a Convenção da União de Paris, de 20 de março de 1883, estabeleceu o conceito legal de concorrência desleal, nestes termos:[684]

> Art. 10-bis. Os países contratantes serão obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal.
> Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrario às praticas honestas em matéria industrial ou comercial.
> Deverão ser especificamente proibidos:
> 1º. Todo e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente.
> 2º. As alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar os produtos de um concorrente.

A partir do texto dessa Convenção, pode-se definir concorrência desleal como "todo ato de concorrência contrario às praticas honestas em matéria industrial ou comercial".[685] Assim, a concorrência qualifica-se como desleal quando o concorrente emprega meios desonestos e/ou fraudulentos para cativar e desviar a clientela de outro agente econômico.

Cumpre mencionar, no entanto, que há grande polêmica a respeito da inserção do instituto da concorrência desleal no sistema normativo de defesa da concorrência. Por sua vez, Dyle Campello[686] defende que a disciplina da concorrência desleal se insere no arcabouço da tutela jurídica da livre concorrência, uma vez que os atos concorrenciais também atingem o regular funcionamento do mercado, à medida que esses atos prejudicam a incidência da lei econômica da oferta e da demanda na fixação dos preços dos bens econômicos. Assim, a autora conclui que não é somente a liberdade de concorrência que deve ser preservada, mas é necessário também garantir seu exercício com lealdade e honestidade.

Não obstante assista razão ao entendimento acima, cabe frisar que a disciplina da concorrência desleal, que se refere à repressão da desonestidade concorrencial, não se

---

683 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955, p. 372; BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 43; CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 33.

684 Tradução oficial em HUNGRIA. *Op. cit.*, 1955, p. 422.

685 HUNGRIA. *Op. cit*., 1955, p. 372.

686 CAMPELLO. *Op. cit*., 2001, p. 34/42.

confunde nem se insere no âmbito da tutela jurídica antitruste, pois esta se destina à repressão do abuso do poder econômico tendente à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, para fins de proteção dos fundamentos do livre mercado econômico.

Sendo assim, em face do objeto enfocado o presente estudo abordará somente os fundamentos e a configuração da tutela jurídica antitruste.

As décadas de 1870-1890, período conhecido como "império dos trustes"[687] nos EUA, forneceram o contexto adequado para o desenvolvimento da tutela jurídica antitruste, pois nesse ínterim percebeu-se que as grandes concentrações econômicas representavam um perigo para o funcionamento do mercado, haja vista o potencial e a possibilidade de causar dano às demais empresas e aos consumidores. Por sua vez, o Estado incumbiu-se de garantir o equilíbrio econômico por meio de sua intervenção na organização da Economia.[688] Assim, foi editada a legislação antitruste disciplinando a concorrência entre os agentes econômicos com o escopo de preservar o sistema econômico liberal (livre concorrência e livre mercado),[689] porquanto se entendia a concorrência como um meio para conciliar a liberdade econômica com o interesse público.[690]

A primeira lei antitruste surgiu no Canadá, em 1889, onde foi editada a legislação sob o nome de *Act for the prevention and supression of combinations formed in restraint of trade* (Lei para a preservação e para a supressão de combinações formadas para limitação do comércio), com o objetivo de reprimir os arranjos/combinações celebrados para restringir o comércio, para fixar preços ou restringir a produção. Essa legislação foi ampliada em 1910, com a promulgação do *Combines Investigation Act*, que sofreu uma ampla reforma em 1986, a ponto de ensejar um novo *Competition Act*.[691]

João Bosco Fonseca[692] ensina que a tutela antitruste no Canadá, não obstante a proximidade cultural e geográfica com os EUA, surgiu de forma diferente e com direcionamento também distinto em relação à legislação americana, pois sua legislação

---

[687] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 4.
[688] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 17.
[689] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 83.
[690] GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 93.
[691] OLIVEIRA; RODAS. *Op. cit*., 2004, p. 4; FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 31/32; GABAN; DOMINGUES. *Op. cit*., 2009, p. 93/94. A respeito da evolução da legislação antitruste canadense, vide: FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 32/42.
[692] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 31/32.

somente punia os ajustes, combinações ou acordos que restringissem "indevidamente" a concorrência. O conteúdo do termo "indevidamente" não foi definido nem sugerido pelo legislador, que optou por atribuir ao Judiciário a tarefa de determinar o que constituía a "indevida" limitação da concorrência. Isso porque o Canadá precisava dos monopólios para se desenvolver, haja vista sua extensão territorial, e os *trusts* não se apresentavam tão nocivos como nos EUA.

Em que pese o pioneirismo na edição da legislação antitruste ser atribuído ao Canadá, o marco legislativo significativo é conferido aos EUA, que editaram em 1890 o *Sherman Act* para regular o exercício do poder econômico entre seus agentes econômicos.[693]

As normas antitruste têm seu marco mais significativo no *Sherman Act*, editado, em 1890, nos EUA com o objetivo de controlar a grande concentração de poder econômico privado verificado nesse país, na segunda metade do século XIX. O *Sherman Act* é considerado o ponto de partida e a legislação mais relevante a respeito da tutela jurídica antitruste, pois buscou disciplinar a formação das concentrações econômicas privadas e proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutivas. Assim, com a regulação da concorrência buscava manter o livre mercado e a liberdade de atuação dos agentes econômicos.[694]

A respeito da origem da tutela antitruste norte-americana, João Bosco Fonseca destaca que:

> Nos Estados Unidos a legislação antitruste sobreveio á existência e consolidação da grande concentração econômica ocorrida a partir de meados do século XIX. Essa concentração, como observa Morton J. Horwitz, foi fruto de uma política promovida pelo Estado para propiciar e favorecer o desenvolvimento econômico. Para isso foram fundamentais duas atitudes, a da influência de uma política tributária e a proteção à propriedade exclusiva e monopolística. Era fundamental, para concepção de desenvolvimento reinante, favorecer a formação de grandes empresas capazes de propiciar o enriquecimento do país. Percebeu-se, contudo, desde logo que o favorecimento e a implementação da concentração empresarial teve consequências restritivas do comércio. [695]

---

693 Nesse sentido: GOMES. *Op. cit*., 2004, p. 56.

694 FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 69/71. João Bosco Fonseca (*op. cit*., 2007, p. 19) informa que antes do *Sherman Act*, que é norma federal, vários Estados americanos editaram suas próprias leis antitruste.

695 FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 17.

Na segunda metade do século XIX os EUA tiveram um expressivo desenvolvimento econômico[696] devido à progressiva ocupação do Oeste americano e à grande imigração europeia.[697] Assim, a partir de 1865 houve um grande aumento da produção, levando as pequenas empresas a formarem oligopólios ou monopólios mediante processos de integração. Nesse contexto, as empresas ferroviárias desempenhavam uma função decisiva; transportavam as mercadorias e escoavam a produção. Em razão de um processo de competição predatória pela clientela, essas ferrovias celebraram acordos entre si para disciplinar sua atuação no mercado e neutralizar a concorrência.[698] Por outro lado, esse processo de cartelização também se verificou em outros setores da Economia. Todavia, para assegurar a certeza ou estabilidade dos acordos, não proporcionadas pelos cartéis ou *pools*, empregou-se o instituto do *trust*[699], que permitia a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo setor econômico, impedindo assim que houvesse concorrência entre os seus integrantes. O *trust* mais famoso, nessa época, foi o da *Standard Oil*, celebrado em 1882, por meio do qual Rockfeller, seu administrador, controlou por muitos anos a indústria americana do petróleo. Esse foi um típico processo de concentração, uma vez que houve a diminuição do número de empresas nos setores da Economia e o poder econômico ficou nas mãos de poucos agentes econômicos, liderados pelos *trusts*.[700]

A partir de 1880 houve discussão sobre os *trusts* e seu poder econômico; ao passo que os agricultores, os consumidores, trabalhadores e pequenos empresários os acusavam dos males que afligiam a sociedade da época. A população em geral também colocou-se contra os *trusts* após uma intensa campanha publicitária em que se publicava as suas "imorais" práticas comerciais para arrasar os concorrentes e obrigar à adesão de pequenas empresas.[701]

Em 1888, foi eleito o presidente Harrison, que baseou sua campanha eleitoral num agressivo discurso contra os *trusts.* Desde janeiro desse mesmo ano, o Congresso americano

---

696 Jaime Villegas Cayon (**Monopolio y competencia. Las leys antitrust de los Estados Unidos: base de la libertad económica**. Madrid: Editorial Libreria Jurídica Villegas, 1970, p. 10) aduz que "a Guerra Civil (1861-1865) produziu um imenso impacto econômico nas técnicas industriais e nos transportes, especialmente a expansão das ferrovias pelo imenso território americano".

697 OLIVEIRA; RODAS. *Op. cit*., 2004, p. 3.

698 Jaime Villegas Cayon (*op. cit*., 1970, p. 10) informa que as ferrovias foram as primeiras empresas a reagir à guerra concorrencial.

699 Jaime Villegas Cayon (*op. cit*., 1970, p. 11) menciona que foram os advogados da *Rockfeller Standard Oil* que sugeriram a criação de um *trust* para afastar a instabilidade dos acordos entre as empresas.

700 FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 72/76.

701 FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 76/79.

já debatia o projeto de lei apresentado pelo senador John Sherman.[702] Em 1890, o *Sherman Act* foi editado.[703]

Sobre a tramitação legislativa do *Sherman Act*, João Bosco Fonseca[704] informa que:

> O surgimento do *Sherman Act* não foi fruto de uma legislação apressada. Essa lei foi debatida na 50ª Sessão do Congresso e apresentada na 51ª Sessão, em 4 de dezembro de 1889, tendo sido discutida na Comissão de Finanças do Senado, cujo presidente era o senador John Sherman, que teve papel decisivo na discussão e aprovação. Muitas emendas foram apresentadas, tendo sido muito longa a discussão, de tal sorte que poucos atos do Congresso teriam sido analisados com tal extensão como este.

A respeito da importância dessa lei antitruste, Eduardo Gaban e Juliana Domingues[705] salientam que em face de sua aplicação para resolver os milhares de casos levados aos tribunais durante todo o século XX, o *Sherman Act*, e os seus complementos legais quase alcançaram o *status* de norma constitucional nos EUA.

Não obstante sua relevância para a tutela antitruste no mundo inteiro, o *Sherman Act* apresentava deficiências, como bem destaca Paulo Forgioni:

> Apenas esse diploma, entretanto, mostrou-se insuficiente para propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que sempre almejam. Ressentia-se, no texto do *Sherman Act*, da vagueza de suas previsões. Não se pode ainda olvidar que o *Sherman Act* não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas, deixando à margem da regulamentação uma prática geralmente condenada pela opinião pública. [706]

Para suprir suas deficiências, o *Sherman Act* foi seguido por vários outros diplomas legais editados para disciplinar o poder econômico, a saber: *Clayton Act* (1914), *Federal Trade Comission Act* (1914) e *Webb-Pomerene Act* (1918), que formam o corpo principal da tutela antitruste norte-americana e que exerceram notória influência nos sistemas normativos de outros países.

---

[702] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 79/80.

[703] Geraldo Vidigal (*op. cit*., 1977, p. 24/25) assinala que a doutrina americana assevera que o *Sherman Act* foi inspirado no Édito de Zenão, do ano de 483 d. C., que buscou disciplinar o mercado romano por meio de sanções às praticas comerciais ilícitas. Por sua vez, Carlos Jacques Gomes (*op. cit*., 2004, p. 56) aduz que entre as causas para a edição do *Sherman Act* encontravam-se as seguintes circunstâncias: a) a inadaptação do sistema da *Common Law* para controlar as emergentes corporações econômicas; b) as reações do agricultores contra os *trusts* da indústria e das ferrovias; c) a defesa dos valores da liberdade econômica e da proteção ao pequeno comércio; d) a proteção do consumidor contra os monopólios.

[704] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 20.

[705] GABAN; DOMINGUES. *Op. cit*., 2009, p. 102.

[706] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 80.

A legislação antitruste americana, especialmente o *Sherman Act*, serviu de fonte 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, alem de ser objeto de inúmeros estudos científicos sobre o tema.[707]

No que tange ao Direito brasileiro, a legislação antitruste americana tem um influência ainda mais direta, pois o primeiro texto legal antitruste – o Decreto-lei nº 869/1938, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, bem como a legislação posterior, foi baseado em grande parte no *Sherman Act*.[708]

4.2.4 A tutela antitruste no Direito brasileiro

Do descobrimento em 1500 até o ano de 1808, a política econômica da metrópole portuguesa em relação à colônia brasileira consistia numa política eminentemente fiscalista, pois a Coroa impunha o pagamento de tributos às atividades de exploração da colônia para fins de garantir o abastecimento do erário português. Nesse contexto, a política de monopólios estatais não visava promover o progresso econômico e cultural da colônia brasileira, mas configurava tão somente uma faceta da política fiscalista para viabilizar sua exploração de modo mais lucrativo possível. Para além disso, a Coroa sufocava qualquer iniciativa econômica na colônia à medida que oferecesse concorrência aos produtos da metrópole.[709] A respeito desse período, Paula Forgioni[710] pontifica que não se pode falar "em 'defesa da livre concorrência', uma vez que não havia qualquer concorrência significativa entre os agentes econômicos".

Posteriormente, com a chegada de D. João VI e da Corte portuguesa em 1808, iniciou-se uma política de desenvolvimento econômica na colônia brasileira ditada, sobretudo, pela necessidade de transferência do governo português para o Brasil. Assim, foi desativada parcialmente a política fiscalista e incentivado o desenvolvimento econômico por meio da instituição da liberdade de manufatura e da indústria. Implantou-se, contudo, um liberalismo pragmático, ou seja, buscavam-se as vantagens que o principio da liberdade econômica podia proporcionar, mas deixava-se de aplicá-lo quando desvantajoso à Coroa portuguesa. Desse

---

[707] SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.** São Paulo: Editora RT, 1966, p. 15/17.
[708] SHIEBER. *Op. cit.*, 1966, p. 17/18.
[709] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 95/96.
[710] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 96.

modo, a Coroa impunha inúmeras restrições às atividades econômicas na colônia brasileira, muitas vezes conforme aos interesses da Inglaterra.[711]

Salienta-se que a independência do Brasil teve entre suas causas a reação brasileira à tentativa da Coroa portuguesa de reimposição do monopólio do comércio internacional, de modo que o comércio somente poderia ser realizado pela frota portuguesa. Assim, a independência brasileira foi conduzida, *grosso modo*, pelas aspirações do liberalismo econômico, pelo qual se pretendia estabelecer um regime liberal de comércio e de produção agrícola. Não obstante a influência dessas aspirações, os liberais brasileiros, decerto por falta de uma base econômica significativa no país, não lograram êxito em impor suas ideias ao Imperador, que acabou privilegiando a classe agrária no governo, beneficiada então por elevados lucros da cafeicultura. Em face desse incipiente sistema econômico e da grande atuação do Estado na Economia, pouco há para ser estudado nesse período em termos de disciplina da livre concorrência.[712]

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 115, é o primeiro texto constitucional brasileiro a referir-se às preocupações atinentes à liberdade econômica. *In verbis*:

> Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentre desses limites é garantida a liberdade econômica.

No contexto dessa ordem constitucional, Paula Forgioni[713] menciona que: "A liberdade econômica aparece, assim, em nosso ordenamento, intrinsicamente ligada à idéia de que ao Estado é facultado intervir *na* (*v.g*., art. 116) e *sobre* (*v.g*., art. 117) a economia, no resguardo de interesses maiores que aquele dos agentes econômicos individualmente considerados". No entanto, sob a égide dessa Constituição não foi editada qualquer lei antitruste com vistas a regular a competição na Economia nacional, salvo a promulgação do Código de Propriedade Industrial (Decreto 24.507/1934), no qual se incriminou a prática de concorrência desleal.[714]

---

[711] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 99/104.
[712] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 104/107.
[713] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 108/109.
[714] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 111. Sob a vigência da Constituição de 1934, Paula Forgioni (*op. cit*., 2005, p. 111) destaca que a concorrência entre os agentes econômicos foi regulamentada, numa concepção individualista, por meio do Código de Propriedade Industrial, que apesar de ter por objetivo o incentivo do desenvolvimento nacional, buscava impedir que a vantagem competitiva de um agente econômico ou os seus frutos fossem indevidamente apropriados por outro concorrente.

A Constituição Federal de 1937 atribuiu ao Estado a tarefa de "coordenar os fatores da produção , de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação representados pelo Estado".[715] Nesse contexto, os atos contrários à economia popular passaram a ser considerados crimes contra o próprio Estado.

Dispõe o Texto Magno referido, *ipsis litteris*:

> Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhe penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.

Essa é a diretriz que norteou a edição da primeira legislação antitruste brasileira, pois para regulamentar o art. 141 acima transcrito foi editado o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que dispunha sobre os crimes contra a economia popular, o qual se qualifica também 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.[716] Com efeito, no Direito brasileiro a tutela antitruste tem sua gênese nos dispositivos do texto legal que dispõem sobre os crimes contra a economia popular – a saber, o Decreto-lei nº 869/1938.[717]

Impende ressaltar que não há dúvidas de que o Decreto-lei nº 869/1938 foi editado também com a finalidade de servir de legislação antitruste, como bem se infere da entrevista de Francisco Campos, Ministro da Justiça à época, em 28 de novembro de 1938, *in verbis*:

> O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País.
> A economia de criação de se desenvolve no mercado livre, em que o preço é determinado pelos fatores econômicos, reais, como juros ao capital invertido, mão-de-obra, matéria-prima, impostos, transportes, enfim, o que se abrange com a denominação geral de custo da produção. A concorrência determina cada dia maior baixa do preço de custo e, consequentemente, maior expansão do consumo, do que resulta um elevamento do nível geral de bem estar do povo.

[715] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 48.
[716] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 49.
[717] SHIEBER. *Op. cit*., 1966, p. 3.

> No momento, porém, em que determinado número de empresas fortes se aliam para tomar conta do mercado, surgem as combinações, os trusts e cartéis. Os preços passam a ser decretados por uma minoria de especuladores cujo âmbito de ação se irradia de acordo com os lucros obtidos artificialmente, resultando daí a sujeição da imensa maioria aos seus desígnios que, dentro de pouco, ultrapassam o simples terreno econômico. [718]

Por sua vez, Paula Forgioni destaca que:

> 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. [719]

Pode-se afirmar, portanto, que a primeira lei antitruste brasileira surgiu com a finalidade de reprimir o abuso do poder econômico com vistas a proteger o consumidor, enquanto a legislação americana surgiu para proteger e manter a livre concorrência entre os agentes econômicos.[720]

Não obstante destinado precipuamente à tutela da economia popular, o Decreto-lei nº 869/1938 introduziu no Direito brasileiro algumas normas de natureza antitruste que perduram até hoje na atual legislação antitruste, tais como: proibição de açambarcamento, proibição de manipulação da oferta e da procura, proibição de fixação de preços por acordos entre empresas etc. Por outro lado, o referido diploma legal autorizava a intervenção estatal na Economia apenas para neutralizar os efeitos autodestrutivos do próprio mercado.[721] Entretanto, Benjamin Shieber[722] assevera que o Decreto-lei nº 869/1938 não teve grande aplicação como norma antitruste, apesar de apto para coibir algumas distorções no campo dos preços, artifícios e fraudes na venda de mercadorias.

Em 1945, por iniciativa de Agamenon Magalhães, Ministro da Justiça nesta época, surgiu o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecido como "Lei Malaia",[723] no

---

[718] SHIEBER. *Op. cit*., 1966, p. 4.
[719] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 114.
[720] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 114.
[721] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 115/116.
[722] SHIEBER. *Op. cit*., 1966, p. 6.
[723] A respeito da denominação *Lei Malaia* do Decreto-lei nº 7.666/1945, Paula Forgioni (*op. cit*., 2005, p. 119) informa que Paulo Germano Magalhães (filho de Agamenon Magalhães), em entrevista publicada na *Revista do CADE*, nº4, p. 11, "explica que Agamenon Magalhães, por alguns de seus traços fisionômicos e pela cor

qual se altera o enfoque da tutela antitruste para se referir aos "atos contrários aos interesses da economia nacional" (Art. 1º). Benjamin Shieber[724] destaca que este diploma legal continha sinteticamente os elementos básicos do projeto de lei que o Deputado Agamenon Magalhães apresentaria na Câmara Federal em 1948 e que seria aprovado como a Lei antitruste nº 4.137/192. A referida Lei Malaia estatuía de modo expresso e direto a tutela antitruste, além de dispor sobre a criação da CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica como órgão autônomo para dar cumprimento às suas disposições legais.

Com a queda do governo de Getúlio Vargas, no final de 1945, a Lei Malaia foi revogada, contudo sua diretriz normativa foi absorvida pela Constituição Federal de 1946, que em seu art. 148 estabeleceu pela primeira vez o princípio da repressão ao abuso do poder econômico num texto constitucional brasileiro.[725] Confira-se o teor do dispositivo constitucional, *ipsis litteris*:

> Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamento de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Em abril de 1948, o então deputado Agamenon Magalhães encaminhou o Projeto nº 122 à Câmara Federal, que seria aprovado, após longa tramitação, como a Lei antitruste nº 4.137/1962. Todavia, enquanto tramitava o Projeto de lei nº 122/1948, surgiu a Lei nº1.521/1951, alterando os dispositivos da legislação referentes aos crimes contra a economia popular, porém contendo uma série de disposições tipicamente antitruste. Contudo, até o ano de 1962 não havia no Direito brasileiro um diploma legal regulamentando especificamente a repressão ao abuso do poder econômico.[726]

Em 10 de setembro de 1962 surgiu a Lei nº 4.137,[727] que disciplinava a repressão ao abuso do poder econômico, nos termos do art. 148 da CF/1946. O art. 8º desse diploma legal criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com a tarefa de apurar e

---

de sua pele, possuía algumas características orientais, de forma que acabaram por apelidá-lo de *Malaio*, decorrendo daí o nome 'Lei Malaia'".

724 SHIEBER. *Op. cit*., 1966, p. 6.

725 FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 53.

726 FORGIONI. Op. cit., 2005, p. 125.

727 A respeito dos antecedentes legislativos e da tramitação da Lei antitruste nº 4.137/1962, vide: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Ensaios reunidos**. Sumário histórico dos antecedentes legislativos da chamada "lei antitruste" Brasiléia (Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962). São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 87/100. Esse texto foi publicado originalmente em: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985, p. 7/16.

reprimir o abuso do poder econômico. Não obstante, essa lei antitruste se caracterizou pela sua inaplicabilidade, pois até o ano de 1975 apenas um caso julgado foi considerado abuso de poder econômico.[728]

A partir de 1990, o novo governo promoveu o inicio da abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia nacional, com a intenção de deixar que o mercado, na medida do possível, se autorregulasse segundo suas próprias leis. Por outro lado, apresentou-se a necessidade de uma nova lei antitruste para regular o comportamento dos agentes econômicos a partir de então "livres" no mercado e para reprimir o abuso do poder econômico. Assim, a Medida Provisória nº 204/1990 foi convertida na Lei antitruste nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, com a finalidade de instituir normas para a defesa da concorrência, bem como 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. No entanto, após a crise política de 1992 e a instalação de um novo governo nesse mesmo ano, essa lei antitruste desempenhou uma insólita função no contexto econômico brasileiro: "*instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia*". Assim, essa lei era empregada contra os agentes econômicos que auferissem "lucros abusivos".[729] Porém, 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.

Esse contexto da tutela antitruste brasileiro, baseado em dois diplomas legais − nas Leis nº 4.137/62 e nº 8158/1991 −, ensejou a discussão sobre a necessidade de uma nova lei antitruste para sistematizar e aperfeiçoar suas normas. Em face desse cenário surgiu o Projeto de Lei nº 3.712-E de 1993, posteriormente convertido na atual Lei antitruste nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou expressamente (art. 92) aquelas leis anteriores sobre a matéria. A nova lei antitruste implementou o que se denomina SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência),[730] composto pelos órgãos antitruste, a saber: CADE – Conselho

[728] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 136/141.

[729] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 141/143. Em paralelo, foi editada também nessa época a atual Lei nº 8.137/1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica e que será tratada adiante.

[730] Segundo Gesner Oliveira e João Rodas (*op. cit*., 2004, p. 23), a denominação SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), referindo-se aos três órgãos com competência a respeito da concorrência, aparece pela primeira vez em documentos oficiais na Medida Provisória nº 2.055/2000, depois convertida na Lei nº 10.149/2000.

Administrativo de Defesa Econômica, SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico e SDE – Secretaria de Direito Econômico.[731]

A Lei nº 8.884/1994 buscou sistematizar a matéria antitruste disciplinando o exercício abusivo do poder econômico de modo repressivo, ao prever as práticas anticoncorrenciais capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência nos arts. 20 e 21, e preventivo, à medida que sujeita a eficácia jurídica dos atos e contratos que podem ensejar qualquer forma de concentração econômica à aprovação do CADE.[732]

São oportunas as considerações de João Bosco Fonseca sobre a tutela antitruste estatuída na Lei nº 8.884/1994, nestes termos:

> 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. [733]

A Lei nº 8.884/1994 e a atuação do SBDC têm contribuído para difundir uma cultura da concorrência e para a consolidação da tutela antitruste no Brasil, em que pesem os casos analisados referirem-se a atos de concentração e não de processos administrativos que investigam condutas abusivas dos agentes econômicos.[734]

4.2.5 Finalidades da tutela antitruste no Direito brasileiro

Em seu início a tutela antitruste surgiu com o objetivo de impedir os abusos do poder econômico privado e para promover a concorrência no sistema de livre mercado; para tanto coibia toda forma de acordo entre agentes econômicos destinado a restringir a livre concorrência em qualquer ramo da atividade econômica.[735]

---

[731] OLIVEIRA; RODAS. *Op. cit.*, 2004, p. 22/23.
[732] GOMES. *Op. cit.*, 2004, p. 62.
[733] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 105.
[734] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 144; OLIVEIRA; RODAS. *Op. cit*., 2004, p. 24.
[735] VILLEGAS CAYON. *Op. cit*., 1970, p. 3/4.

A respeito das finalidades do antitruste, Jaime Villegas Cayon preleciona que a legislação antitruste persegue quatro objetivos, a saber:

> 1º) a proteção das liberdades políticas e individuais, ao permitir a qualquer cidadão eleger entre vários empresários competidores para seu negócio, evitando que grande parte da população dependa para seu trabalho da tolerância de um grupo de monopolistas privados ou mesmo do Estado quando assume o papel de único empresário numa economia de tipo comunista;
> 2º) proteger o consumidor para que os produtos sejam de boa qualidade e tenham preços razoáveis;
> 3º) contribuir para a máxima eficiência econômica mediante as decisões tomadas livremente pelos empresários, em um ambiente regido pela concorrência, melhor que através das decisões impostas por monopolistas privados ou por funcionários do Estado;
> 4º) utilizar melhor a inventividade e a iniciativa individuais, oferecendo maiores oportunidades de participar na atividade econômica ao talento e às energias do conjunto da população. [736]

Não obstante, as funções da legislação antitruste dependem do momento histórico e do sistema jurídico na qual se inserem.[737] Significa dizer que os objetivos de uma lei antitruste refletem a diretriz normativa que a Constituição Federal atribui à disciplina da concorrência na Economia.

Sobre as funções da Lei antitruste nº 8.884/1994, Jose Inácio Franceschini assim se pronuncia:

> As leis chamadas 'antitruste' vinculam-se constitucionalmente ao conhecido trinômio 'dominação de mercado', 'eliminação de concorrência' e 'aumento arbitrário de lucros' (o chamado lucro supracompetitivo). O art. 173, § 4º, da Constituição Federal assim se expressa: 'A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros' (grifamos).
> A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e viabilização do príncipio maior da "livre concorrência" (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos. Impõe-se, aliás, o entendimento, máxime diante do fato de que a finalidade social de uma é fundamental à sua interpretação (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). [738]

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 173, § 4º, determina a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da

---

[736] VILLEGAS CAYON. *Op. cit*., 1970, p. 5.
[737] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 163.
[738] FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 19/20.

concorrência em razão da adoção da livre concorrência como princípio fundamental da ordem econômica nacional, nos termos de seu art. 170, IV. Todavia, atribui um caráter instrumental à proteção da livre concorrência, já que a considera como um meio ou instrumento para alcançar um bem de maior relevância social, isto é, o de "assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social", como dispõem o art. 170, *caput*, e o art. 3º do Texto Constitucional.

Assim, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são considerados instrumentos de promoção da dignidade da pessoa humana, haja vista a Constituição brasileira buscar alcançar objetivos maiores que a instituição do livre mercado, tais como os de oferecer a todos uma existência digna e os valores sociais da livre iniciativa.[739]

Nesse contexto, pode-se concluir que a tutela da concorrência não é um fim em si mesma, pois poderá ser afastada quando um objetivo de maior relevância reconhecido pelo sistema normativo antitruste o exigir.[740]

Esse também é o entendimento de José Inácio Franceschini, como se infere abaixo:

> não tem o Direito Antitruste por escopo a concorrência em si mesma, mas, sim, servir de instrumental da eficiência e do desenvolvimento em favor da comunidade. Por isso, o Direito Antitruste nacional repeliu o conceito de delitos per se, consagrador da responsabilidade objetiva plena, do Direito norte-americano. A legislação pátria, acertadamente, preferiu haurir, neste ponto os princípios adotados pelo Direito Comparado europeu continental, que sempre admitem a apresentação de justificativas econômicas e legais em face de imputações de abuso do poder econômico (cf. art. 74 da Lei n. 4.137/62 e, mais explicitamente, art. 33 do anteprojeto). [741]

Isso significa que as normas antitruste têm caráter instrumental porque o Estado as emprega como instrumentos para conduzir o sistema econômico, não mais devendo ser vistas meramente como regras dirigidas a eliminar os efeitos autodestrutivos do próprio mercado.[742]

Em face do caráter instrumental das normas de proteção da livre concorrência, uma política antitruste efetiva-se tanto: 1º) por aplicação da lei antitruste, ainda que por meio da concessão de autorização ou isenção; 2º) pela não aplicação da lei antitruste a práticas

---

739 FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 191.
740 FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 193.
741 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Ensaios reunidos**. Disciplina jurídica do abuso do poder econômico. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 189.
742 FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 194. Carlos Jacques Gomes (*op. cit.*, 2004, p. 66) também assim entende: "o *direito antitruste* não mais se caracteriza como um mero instrumento de correção dos desvios funcionais do mercado (as chamadas falhas do mercado), mas como um *verdadeiro* instrumento de *implementação de políticas públicas"*.

restritivas.[743] Desse modo, Paula Forgioni[744] destaca que: "o Estado, com o escopo de formatar o funcionamento do mercado, pode afastar a aplicação da Lei Antitruste, eliminando ou amenizando, por exemplo, a vigilância ou controle sobre o processo de concentração".

A legislação antitruste, portanto, configura-se como um instrumento de preservação do adequado funcionamento do mercado, não devendo ser compreendida como uma força antimercado. Assim, estabelecendo-se o sistema econômico capitalista não há como fugir à existência e às exigências do mercado, e até mesmo o processo de socialização, de distribuição dos benefícios da atividade econômica, deve passar pelo mercado. Nesse contexto, a lei antitruste dota o Estado de um instrumental apropriado e eficiente para assegurar a liberdade de concorrência, com vistas de propiciar condições de produção e consumo próprias de uma economia de mercado.[745]

Destarte, a tutela antitruste é um importante instrumento que o Estado dispõe para orientar a atuação dos agentes econômicos e configurar o funcionamento do mercado com o intuito de promover o desenvolvimento da economia nacional. Assim, a Lei antitruste 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).[746]

[743] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 195.
[744] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 195.
[745] FONSECA. *Op. cit.*, 2007, p. 97/98.
[746] Nesse sentido: GOMES. *Op. cit.*, 2004, p. 62.

CAPÍTULO 5

A TUTELA PENAL ANTITRUSTE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares, 2. A formação e evolução da tutela penal antitruste no Direito brasileiro, 3. A tutela penal antitruste como setor do direito penal econômico contemporâneo, 4. Fundamento constitucional da tutela penal antitruste, 4.1. A repressão ao abuso do poder econômico, 4.2. A livre concorrência como bem jurídico penal, 5. A repressão penal ao abuso do poder econômico: os crimes contra a livre concorrência da Lei nº 8.137/1990.

Intervindo direta e militantemente na vida econômica, o Estado Novo não se limita a medidas de direito civil ou puramente administrativas: recorre, também, ao expediente das sanções penais, que são a ultima ratio contra as vontades dos recalcitrantes.[747]

Nelson Hungria

O decreto-lei nº 869, de 18 do corrente, vai exercer extraordinária ação de catálise: defender a economia popular, impedir a formação de 'trusts' de especulação e dar ao povo o que já lhe fora assegurado pela Constituição de 10 de novembro.[748]

Francisco Campos

A luta contra os abusos do poder econômico não deve se esgotar nas ações administrativas. O Direito Penal, com seu caráter preventivo e repressivo, não pode ficar alheio a tal combate.[749]

João Marcello de Araújo Junior

5.1. Considerações preliminares

Desde seu início, a estrutura econômica brasileira foi construída a partir da concentração de poder econômico, de origem estatal ou privado, como é característica do modelo econômico de exploração colonial. Basta lembrar que a política econômica da Coroa portuguesa em relação à sua colônia brasileira era baseada numa política de monopólios reais ou de monopólios conferidos a terceiros. Essa característica de monopolização do poder econômico perpassou o sistema econômico brasileiro após a independência do Brasil, haja

[747] HUNGRIA. 1939, p. 9/10.
[748] Francisco Campos *in* LYRA. 1940, p. 90.
[749] ARAÚJO JUNIOR. 1995, p. 96.

vista a dependência estrutural da economia brasileira do poder econômico monopolista. Assim, mesmo no Brasil independente os setores da economia nacional eram monopolizados por agentes econômicos que impunham preços e afugentavam do mercado quaisquer potenciais concorrentes. Verifica-se, portanto, que o mercado brasileiro continuava sendo conduzido por agentes com poder monopolista.[750]

Não obstante, as primeiras Constituições brasileiras (1824 e 1891), como também o Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal da República (1890), não traziam nenhum dispositivo determinando a repressão ao abuso do poder econômico, decerto em razão do Estado brasileiro ter sido constituído sob os auspícios dos princípios do liberalismo econômico, conquanto este não tenha se efetivado de início. Ainda assim, entendia-se que não se justificavam normas destinadas a disciplinar a atuação dos concorrentes no mercado.

A respeito desse cenário, vale conferir as observações de João Bosco Fonseca, *in verbis*:

> As Constituições de 1824 e de 1891 se inserem dentro do contexto ideológico do liberalismo, quer político, quer econômico. A plenitude do direito de propriedade tem como consectário o princípio da plena liberdade de iniciativa de mercado. Diante desse quadro, não se justificava qualquer lei com a finalidade de normatizar a atuação dos participantes do mercado. A postura do Estado se define como a do garantidor das liberdades individuais no mercado. O artigo 179 da Constituição de 1824 e o artigo 72 da Constituição de 1891 revelam o conteúdo normativo dessa tendência ideológica.[751]

Posteriormente, a crise econômica mundial, iniciada em 1929 e que perdura toda a década de 1930, exigiu que o Estado brasileiro, a exemplo de outros Estados estrangeiros, interviesse na Economia para preservar o mercado nacional dos efeitos perniciosos decorrentes da grande depressão do mercado internacional. Nesse novo contexto, a Constituição de 1934, como se depreende de seu art. 115, atribuiu ao Estado a função de organizar a ordem econômica, contudo assegurando a liberdade econômica de atuação no mercado desde que em conformidade com os "os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional" (art. 115). Por sua vez, a Constituição de 1937 incumbiu o Estado de coordenar

[750] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas.** São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 51.
[751] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 48.

os fatores da produção com vistas a dirimir os conflitos e introduzir na competição econômica a atenção para os interesses nacionais.[752]

Nesse cenário, o art. 141 da Constituição de 1937 serviu de diretriz que nortearia o primeiro diploma legal antitruste brasileiro. Sob esse prisma, o Decreto-lei 869/1938 é considerado o primeiro texto legal destinado a coibir quaisquer práticas tendentes a obstaculizar o exercício da liberdade de concorrência.[753]

A Constituição de 1946 manteve, e dispôs expressamente sobre, a repressão ao abuso do poder econômico, com vistas a reprimir os trustes, os cartéis e os consórcios – destinados a dominar o mercado nacional, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros –, haja vista os fins egoísticos e antissociais dessas práticas anticoncorrenciais.[754] No âmbito infraconstitucional foi editada a Lei nº 1.521/1951, que passou a dispor sobre os crimes contra a economia popular, todavia reproduzindo as disposições do Decreto-lei nº 869/1938 referentes à repressão dos atos anticoncorrenciais. Na atualidade, é a Lei nº 8.137/1990 que em seus artigos 4º, 5º e 6º dispõe sobre a tutela penal antitruste.

Neste capitulo apresentam-se, inicialmente, o contexto político-econômico no qual se formou a tutela penal antitruste e sua evolução legislativa posterior, finalizando-se com a indicação dos fundamentos constitucionais e dos aspectos gerias da repressão ao abuso do poder econômico.

---

752 FONSECA. *Op. cit.*, 2007, p. 48/49.
753 FONSECA. *Op. cit.*, 2007, p. 48/49.
754 MANTECCA. *Op. cit.*, 1985, p. 2.

5.2. A formação e evolução da tutela penal antitruste no Direito brasileiro

A tutela penal antitruste no Direito brasileiro surgiu no contexto político da década de 1930, no qual o Estado brasileiro passou a intervir sobre o mercado para defender os interesses nacionais diante dos efeitos da grande crise econômica mundial iniciada em 1929.

Nessa época havia um forte sentimento de contestação do liberalismo econômico,[755] sob o argumento de que a irrestrita liberdade de competição favoreceria os agentes econômicos mais fortes em detrimento do interesse social. Assim, Nelson Hungria indica bem o sentimento desse período histórico, nestes termos:

> O regime da livre e desvigiada iniciativa particular favorece o enriquecimento de poucos em prejuízo da grande massa da população. A fraude, a violência e o abuso são armas preferidas e decisivas onde as atividades individuais em contraste não deparam uma força coativa de equilíbrio ou justa medida. Deixar os indivíduos ao seu puro arbítrio é implantar a lei da selva. O liberalismo manchesteriano conduz, paradoxalmente, à eliminação da livre concorrência, que ele visa, em teoria, como condição primacial de uma economia tendente ao bem geral. [756]

Desta feita, a Constituição de 1937, em seu art. 141, seguindo a senda dos governos nacionalistas dessa época, estatuiu a intervenção penal sobre os atos contrários à Economia, atribuindo-lhe o caráter de crimes contra o próprio Estado.

A respeito da ideologia da Carta Magna de 1937, Nelson Hungria aduz que:

> A atual Constituição brasileira consagra todo um capítulo à ordem econômica e formula a seguinte norma geral (art. 135), inspirada na *Carta del Lavoro* da Itália: 'Na iniciativa individual, no poder de creação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, revestindo a forma do controle, do estimulo ou da gestão direta'. E, a seguir, em vários artigos, determina, ou autoriza implicitamente, a incriminação de certos fatos perturbadores da vida econômica, como sejam a greve, o *lock-out*, a usura, os atentados à economia popular. [757]

---

[755] Nelson Hungria (**Dos crimes contra a economia popular e das vendas e prestações com reserva de domínio**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939, p. 5/6) afirmava que: "Na pureza de seus postulados, o liberalismo econômico está, porém, na atualidade, geralmente desacreditado".

[756] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 6.

[757] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 10.

O Estado Novo, sob a égide dessa ordem constitucional, proclamou-se como o maior interessado na economia nacional e atribuiu-se o poder de conduzir os interesses econômicos particulares para "proteger os *interesses justos*, para corrigir as falhas de iniciativa particular, para garantir o interesse nacional".[758]

Sobre o programa político-econômico do Estado Novo, o Ministro da Justiça da época, Francisco Campos, assim se pronunciou:

> O poder econômico, o poder financeiro não podem continuar a ser poderes arbitrários. Cumpre que eles se exerçam no sentido do interesse geral. Ao governo dos particulares se substituirá o governo do público. Postular a liberdade simples é postular a fôrça. É necessário que sejam postuladas ao mesmo tempo a liberdade e a justiça, ou, antes, a liberdade como exercício de um poder justo. Não mais a 'corrida sem fim para objetivos puramente individuais', mas 'a liberdade de iniciativa de uns nos limites em que não prejudica igual liberdade de iniciativa de outros, e, sobretudo, nos limites em que a liberdade individual não constitua um atentado contra o bem comum de todos'.[759]

O Estado brasileiro repeliu o liberalismo econômico, em sua acepção pura, por entender que seus objetivos eram contrários ao interesse nacional, não obstante ter continuado a admitir a livre iniciativa e a liberdade de concorrência econômicas desde que em conformidade com os interesses da coletividade (*rectius*: interesses representados pelo Estado).[760]

Nesse sentido, são as observações de Nelson Hungria, *in verbis*:

> Não são eliminadas a iniciativa individual e a liberdade de concurrência, nem se desconhece o valor técnico da gestão capitalista, mas o Estado moderno já não pode permitir o discricionário capitalismo de especulação. Os interesses do individuo têm de amoldar-se ao interesse da coletividade. O *bonum singulare unius personae* não pode realizar-se em detrimento do *bonus commune civium*.[761]

Para conduzir as relações econômicas o Estado Novo passou a intervir na Economia não apenas por meio de medidas cíveis, mas também recorrendo a normas penais de modo a superar a resistência às suas diretrizes na seara econômica. Cabe destacar que a partir dos

[758] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 12.
[759] Francisco Campos *in* HUNGRIA. *Op. cit.*, 1939, p. 11.
[760] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 7/8.
[761] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 8.

dispositivos constitucionais da Constituição de 1937, a então novel ordem econômica constitucional foi reconhecida como um bem jurídico digno de tutela penal.[762]

É nesse contexto político-econômico que surge o primeiro diploma penal antitruste no Direito brasileiro, cuja finalidade de reprimir o poder econômico e tutelar a concorrência econômica visava, precipuamente, proteger o consumidor. Assim, a livre concorrência era tutelada penalmente, porém de modo a garantir os interesses econômicos nacionais que o Estado Novo proclamava representar.

Sobre o contexto político e econômico em torno da primeira "Lei antitruste" brasileira é oportuno trazer a lume a entrevista do Ministro da Justiça da época, Francisco Campos, a respeito da edição desse diploma legal:

> A lei de proteção à economia popular resultou de um mandamento expresso da Constituição de 10 de novembro do ano passado.
> Antigamente, os crimes contra a economia popular eram abrangidos, até certo ponto, pela legislação penal. Como, porém, a matéria é muito fugidia, os especuladores e architetadores de 'planos' tinham campo livre, para as suas atividades suspeitas, pois desfrutavam a certeza de que a dificuldade da prova, a chicana dos advogados e os escrúpulos naturais do formalismo jurídico dos tribunais comuns lhes assegurava a impunidade.
> Os crimes previstos na lei número 869, já tinham sido mais ou menos abrangidos pela legislação passada, embora cm penalidades menores. No entanto, os exemplos de crimes impunes são fáceis de apontar, mesmo os que passaram excepcionalmente pelos tribunais comuns. As maiores burlas têm sido feitas entre nós. Prejuízos relevantíssimos têm sido dados ao povo, de imaginação impressionável e fácil de iludir. E os seus autores têm ficado sempre impunes.
> [...]
> A absoluta liberdade econômica conduz à escravidão dos pequenos e a um número reduzido de magnatas. Ao Estado cumpre cuidar do bem estar da coletividade, fomentando e defendendo a pequena economia contra os 'trusts', 'cartéis' e 'anéis' de produção, tão comuns na época do grande capitalismo, que terminam colocando o povo na sua inteira dependência econômica e por fim submetendo o próprio Estado e pondo-o a serviço dos seus interesses particulares. O Estado Novo tem como uma de suas funções precípuas exatamente esta de garantir o equilíbrio entre as diversas classes, colocando-se acima de interesses particulares, por mais poderosos que sejam, sob pena de trair a sua missão e terminar fomentando indiretamente a luta social.
> A finalidade do texto da lei mostra claramente quais os fins que tem em vista, e que são de duas ordens. O primeiro é garantir a guarda e o emprego da economia popular, que não pode ser dissipada e malbaratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões. A lei garante o povo contra eles e lhe dá, ao mesmo tempo, segurança do bom emprego de suas economias. O bom emprego das

[762] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 9/10 e 14.

> economias populares, por sua vez, promove a formação das reservas de que o país necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis.
> O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do país.
> Não se concebe uma economia bloqueada contra o interesse público, e em benefício de interesses particulares, atentos mais à conservação dos seus monopólios do que ao movimento de creação e de progresso.
> [...]
> A economia de creação se desenvolve no mercado livre, em que o preço é determinado pelos fatores econômicos reais, como juros ao capital invertido, mão de obra, matéria prima, impostos, transportes, enfim, o que se abrange com a denominação geral de custo de produção. A concorrência determina cada dia maior baixa do preço de custo e, consequentemente, maior expansão do consumo, do que resulta um elevamento do nível geral do bem estar do povo.
> No momento, porém, em que determinado número de empresas fortes se aliam para tomar conta do mercado, surgem as combinações, os 'trusts' e os 'cartéis'. Os preços passam a ser decretados por uma minoria de especuladores, cujo âmbito de ação se irradia de acordo com os lucros obtidos artificialmente, resultando daí a sujeição da imensa maioria aos seus desígnios, que, dentro de pouco, ultrapassam o simples terreno econômico.
> Estas figuras delituosas se enquadram na segunda finalidade da lei.
> [...]
> O decreto-lei nº 869, de 18 do corrente, vai exercer extraordinária ação de catalise: defender a economia popular, impedir a formação de 'trusts' de especulação e dar ao povo o que já lhe fora assegurado pela Constituição de 10 de novembro.[763]

Assim, o diploma legal que inaugura a tutela penal antitruste é o Dec.-lei 869/1938, que define os crimes contra a economia popular, porque é o primeiro texto legal que se destinou a tutelar a livre concorrência econômica com o objetivo de garantir o desenvolvimento econômico do país.

Vale conferir o magistério de Nelson Hungria, o principal autor do projeto do texto legal, a respeito do Decreto-lei 869/38, *in verbis*:

> Sob a rubrica 'Dos crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprêgo', cuida o referido decreto-lei de fazer incidir sob rigorosa ameaça penal toda uma série de fatos (alguns dos quais até agora deixados à margem do direito repressivo) que, direta ou indiretamente, impedem ou fazem periclitar as condições favoráveis à economia do povo, a justa proporção entre os preços e os valores, a previdente formação de reservas pecuniárias no seio das classes menos favorecidas da fortuna, e que estão em maioria, bem como a segurança do depósito ou aplicação dos pecúlios acumulados, do dinheiro arduamente poupado pelo povo. [764]

---

[763] Francisco Campos *in* LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 83/90; OLIVEIRA. *Op. cit*., 1952, p. 14/20.
[764] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 14.

O mencionado autor continua:

> As ávidas concentrações capitalistas, o arbítrio dos interesses individuais coligados, a opressão econômica, a artificial desnormalização dos preços, os lucros onzenários, o indevido enriquecimento de alguns em prejuízo do maior numero, as 'arapucas' para captação do dinheiro do povo, as clausulas leoninas nas vendas a prestações, o viciamento dos pesos e medidas e, em geral, as burlas empregadas em detrimento da bolsa popular já não poderão vingar impunemente. [765]

Analisando-se as observações acima infere-se que o bem jurídico-penal tutelado pelo Decreto-lei 869/38 não é só a economia popular, compreendida como o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, mas também a livre concorrência e a probidade das relações comerciais e industriais, em que pese a Nelson Hungria[766] asseverar que o Decreto-lei mencionado considera como crime contra a economia popular fato que cause dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um numero indefinido de pessoas.

O Decreto-lei nº869/39, com o objetivo de tutelar as relações econômicas, define os crimes que estatui em: a) monopólios; b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular; c) usura (pecuniária e real).[767] Verifica-se que essa classificação dos crimes do mencionado Decreto-lei abrange não apenas os golpes, fraudes e manobras contra o patrimônio do povo, como também incrimina as coalizões e trustes, em geral, que atentem contra a lei econômica da livre concorrência.

São oportunas as observações de Benjamin Shieber a respeito da finalidade antitruste do Decreto-lei 869/1938:

> No campo antitruste, o decreto-lei n. 869 proibiu em determinadas circunstâncias a destruição ou inutilização intencional de bens de produção ou consumo, o abandono ou a inutilização de meios de produção 'mediante indenização paga pela desistência da competição', promoção ou participação em um consórcio 'com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio', retenção ou açambarcamento de bens de produção ou consumo 'com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços', venda de mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência, exercício de gerência de mais de uma empresa do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de dificultar a concorrência, e 'celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor'. (Vide decreto-lei

[765] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 16.
[766] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 16.
[767] HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 16.

> 869, de 18 de novembro de 1938, art. 2º §§ I, II, III, IV, V, VIII, e art. 3º, § I). [768]

As fontes desse primeiro diploma penal antiruste são indicadas pelo próprio Nelson Hungria[769] quando informa que o Decreto-lei nº 869/1938 é inspirado: a) no projeto do novo código penal argentino de Jorge E. Coll e Eusébio Gómez (Título XIV – Delitos contra o comércio, a indústria e a agricultura), apresentado em 8 de julho de 1937;[770] b) nas propostas da atual comissão de reforma do direito penal na Alemanha, que instituiu a punição penal para as infrações às normas econômicas estatuídas pelo Estado para promover a produção de gêneros de primeira necessidade e manter seu preço compatível com os custos de produção e a capacidade do consumidor;[771] c) na legislação e jurisprudência norte-americanas baseadas nos *Sherman Act* de 1890 e *Clayton Act* de 1914, esclarecendo, ainda, que foram incriminados somente aqueles fatos que, segundo a experiência histórica, apresentavam-se efetivamente como lesão ou perigo de lesão à Economia, deixando-se de fora condutas que não contrariavam a nova ordem econômica ou que representavam interesses legítimos ou iniciativas individuais socialmente úteis;[772] d) no Código Penal italiano de 1930 (o código

---

768 SHIEBER. *Op. cit*., 1966, p. 5/6.

769 HUNGRIA. *Op. cit*., 1939, p. 17.

770 Veja-se em Roberto Lyra (*op. cit*., 1940, p. 111/114) e também em Elias de Oliveira (*op. cit*., 1952, p. 23/26) a transcrição dos dispositivos legais do projeto de 1937 do código penal argentino (arts. 385 a 393). Segundo Roberto Lyra (*op. cit.*, 1940, p. 115/116), os autores do referido projeto do código penal argentino em sua exposição de motivos esclarecem as razões que os levaram a propor esses dispositivos legais, nestes termos: "— [...] estabelecemos o caráter delituoso da formação de algum convênio, pacto, combinação, amálgama ou fusão de capitais, tendente a estabelecer o monopólio e lucrar com ele, num ou mais ramos de produção, do tráfego terrestre fluvial ou marítimo ou do comércio interior ou exterior, numa localidade ou em várias, ou em todo o território nacional *sem que seja necessária a realização dessa finalidade*. — Seguimos, em conseqüência, a doutrina americana sobre a matéria, porque é necessário – como se disse na Câmara dos Deputados ao discutir-se aquela lei – combater em sua origem as combinações que constituem o eixo em redor do qual giram as manobras dolosas. Nessa discussão, o relator da Comissão respectiva declarou que esta havia considerado a necessidade, não só de procurar a classificação e a finalidade dos fatos delituosos que perturbam o livre jogo do comércio e da indústria em benefício dos grandes capitalistas e em prejuízo evidente da classe produtora, como havia entendido absolutamente ineficaz todo procedimento subseqüente aos atos produzidos, si, ao mesmo tempo, não se incluísse na legislação, como primeira medida, a ação direta contra os mesmos organismos que, enquanto subsistem, é impossível deter em sua ação perturbadora com medidas repressivas, dados os múltiplos expedientes e os enormes recursos de que dispõem para operar no mercado. — As vacilações da jurisprudência mostram até que ponto era necessária uma disposição terminante, como a que propomos". Eusebio Gómez (**Tratado de derecho penal**. Tomo VI, Buenos Aires: Companhia Argentina de Editores, 1942, p. 346 e 237) esclarece que o seu projeto de 1937 do código penal argentino, na parte dos crimes contra o comércio e a economia pública, incorporou as disposições da Lei argentina nº 11.210, que incriminava a especulação e o monopólio, sendo esta baseada no *Sherman Act* de 1890. Confiram-se as considerações do próprio Eusébio Gómez (*op. cit*., 1942, p. 347), *in verbis*: "[...] Ao encontrar-se diante de figuras sem tradição autêntica, dentro da legislação comparada, lançei mão das leis *Sherman* e *Clayton*. Copiou-as nossa lei de *trusts*, melhorada pelo Projeto Coll-Gómez, e recolhida neste momento no Brasil".

771 LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 117/118; OLIVEIRA. *Op. cit*., 1952, p. 27.

772 HUNGRIA. *Op. cit*. 1939, p. 21/27. Não obstante, Elias de Oliveira (*op. cit*., 1952, p. 21) entende não ter havido grande influência do direito antitruste norte-americano na edição do Decreto-lei nº 869/1938 em razão da pobreza de princípios e situação caótica da legislação norte-americana.

Rocco), especificamente os arts. 499 e 501, que puniam a destruição de mercadorias e produtos agrícolas ou industriais e a agiotagem.[773]

Posteriormente, o art. 148 da Constituição Federal de 1946 determinou a repressão ao abuso do poder econômico:

> Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamento de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Para concretizar esse dispositivo constitucional foi promulgada a atual Lei nº 1.521, de 26 dezembro de 1951, que veio especificamente definir os crimes contra a economia popular.

Paschoal Mantecca[774] aduz que a edição da Lei nº 1.521/1951 é um dos momentos mais relevantes para a tutela da Economia, haja vista esse diploma legal ter relacionado e definido com maior alcance jurídico e precisão punitiva as infrações contra a Economia.

A respeito da Lei nº 1.521/1951, vale conferir o depoimento de Nelson Hungria perante a Comissão Especial na Câmara dos Deputados, *in verbis*:

> os abusos do poder econômico enumerados na Lei n. 1.521 estão muito aquém da realidade, conforme tem demonstrado a experiência. Não se fez mais do que repetir o Decreto 869 que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente. Há falhas a serem supridas. Há vários fatos que não se compreendem na previsão da lei atual e do Projeto Agamenon, ou seu substitutivo. Isto mesmo poderia demonstrar em esboço que estou pronto a fornecer a esta ilustre Comissão. [775]

Assim, a Lei nº 1.521/1951 repetiu quase *ipsis litteris* os tipos penais previstos no Decreto-lei nº 869/1938 a respeito da repressão ao abuso do poder econômico e proteção da livre concorrência, apresentando, portanto, uma natureza de lei penal antitruste.

Na atualidade, a tutela penal antitruste está prevista na Lei nº 8.137/1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica, cujos dispositivos dos artigos 4º, 5º e 6º

---

[773] HUNGRIA. *Op. cit*., 1940, p. 55 e segs; LYRA. *Op. cit*., 1940, p. 118; OLIVEIRA. *Op. cit.*, 1952, p. 27/29.

[774] MANTECCA. *Op. cit*., 1985, p. 3. A respeito da tramitação da Lei nº 1.521/1951, Paschoal Mantecca (*op. cit.*, 1985, p. 40) aduz que: "O projeto, que viria a se transformar na Lei n. 1.521/1951, teve acirrados debates no Congresso Nacional, tão interessada estava a opinião pública do país no deslinde jurídico daquilo que viria a ser efetiva proteção à economia do povo".

[775] Nelson Hungria *in* FRANCESCHINI. *Op. cit.*, 2004, p. 90.

incriminam as práticas anticoncorrenciais realizadas com abuso de poder econômico, destinadas a dominar o mercado, a eliminar a concorrência e a aumentar arbitrariamente os lucros.

5.3. A tutela penal antitruste como setor do direito penal econômico contemporâneo

O direito penal econômico tem como objeto de proteção a ordem econômica, que representa uma organização jurídica dos elementos essenciais da Economia destinada a assegurar o regular exercício das atividades econômicas de produção, circulação e consumo de bens e serviços pela coletividade. Em outros termos, a finalidade do direito penal econômico é tutelar os interesses e bens econômicos que constituem a economia nacional.

Desse modo, analisando-se os dispositivos da Constituição Federal brasileira verifica-se que a ordem econômica abrange vários aspectos econômicos dignos de tutela penal, tais como: sistema tributário, propriedade privada, sistema financeiro, liberdade de iniciativa e de concorrência econômicas, relação de consumo etc. Esses variados interesses são espécies de um mesmo bem jurídico: a ordem econômica.

Assim, o direito penal econômico destina-se a tutelar o sistema econômico e a reprimir os atos atentatórios à ordem econômica estabelecida constitucionalmente. Por conseguinte, o direito penal econômico em um sistema econômico capitalista tem por uma das suas finalidades preservar os fundamentos da economia de mercado, sendo exemplo máximo de sua atuação as normas penais que reprimem o abuso de poder econômico e que protegem a livre concorrência.

Com efeito, o direito penal econômico no sistema capitalista é encarregado de reprimir o abuso do poder econômico para fins de assegurar o regular funcionamento da economia de mercado. Para tanto, emprega a tutela penal de caráter antitruste para garantir a observância aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência e coibir as práticas anticoncorrenciais ou que afetam o regular andamento do mercado.

Portanto, o direito penal econômico, por meio de medidas penais antitruste, busca prevenir e corrigir as distorções do próprio sistema capitalista para manter o regular funcionamento do mercado.

Nesse sentido, vale conferir as observações de Pedro Barbosa, *in verbis*:

> Atente-se que na realidade o que o direito antitruste guarnece é o regular funcionamento do mercado, uma vez que ele foi considerado por nossa

> Constituição um bem jurídico a ser tutelado; já que é um sistema econômico a cumprir uma função social. [776]

Nesse contexto, a tutela penal antitruste apresenta características idênticas às das normas antitruste não penais, que buscam prevenir e coibir atos anticoncorrenciais lesivos ao mercado.

Essa também é a conclusão de Pedro Barbosa,[777] *ipsis litteris*:

> os limites da abrangência do direito penal econômico não são objeto de entendimento pacífico. Entretanto, resta assegurada a certeza de que a vertente penal concorrencial nele se insere.

A respeito desse entendimento, são oportunas as considerações de Gonçalo Oliveira Junior:

> Crer-se, no entanto, que o *Direito Penal Antitruste* – novel ramificação do Direito Penal Econômico destinado à salvaguarda da *ordem econômica institucionalizada* – já dá sinais de amadurecimento, despertando a atenção da melhor doutrina. Estreitamente relacionado ao Direito Constitucional, Econômico e Concorrencial, pouco a pouco ele vai ganhando reconhecimento e se firmando como um importante e estratégico segmento do ordenamento jurídico de *neutralização das práticas restritivas da concorrência*. [778]

Assim, pode-se afirmar que a tutela penal antitruste configura-se como uma especialização do direito penal econômico, haja vista sua finalidade de proteger as bases essenciais da economia de mercado, a saber: a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

A respeito do tema, cabe mencionar o entendimento de José Inácio Franceschini[779] no sentido de que a tutela antitruste, de modo geral, é um ramo do direito penal econômico.

José Inácio Franceschini assim se expressa:

> Assim, poderia o Direito Antitruste ser definido como sendo o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito constitucional da livre concorrência, em prol da coletividade nacional.
> [...]

---

[776] BARBOSA, Pedro Luiz. **Direito penal antitruste: do açambarcamento**. Dissertação de Mestrado, São Paulo: USP - Universidade de São Paulo, 2002, p. 25.
[777] BARBOSA. *Op.cit.* 2002, p. 24.
[778] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 22.
[779] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 1996, p. 8/16.

> O Direito Antitruste não é autônomo da Ciência Jurídica nem tem pretensões de sê-lo. Ao contrário, encontra guarida no âmbito do Direito Penal-Econômico, este, igualmente ramo do Direito Penal Comum. [780]

Para sustentar seu entendimento, José Inácio Franceschini[781] aduz que historicamente a tutela antitruste surgiu no direito penal como se verificava no código penal francês de 1810 e no código penal canadense de 1889, bem como nos dispositivos do *Sherman Act* de 1890. Para além disso, assinala que o primeiro diploma legal da tutela antitruste brasileira, o Decreto-lei nº 869/1938, teve como fonte vários textos legais estrangeiros.

Assim se pronuncia o referido autor, *in verbis*:

> A legislação antitruste, não só por seu já apontado fundamento histórico, oriundo do ordenamento congênere norte-americano, mas também por força de sua própria natureza intrínseca (haja vista encontrar-se, desde seu surgimento, mesclada à legislação protetora da econômica popular), é de natureza penal. [782]

Sob o prisma doutrinário, o autor busca apoio em vasta doutrina nacional nesse sentido, mormente a partir do magistério de Pontes de Miranda que, desde a Constituição de 1946, prelecionava que:

> 'A le' – e não a lei especial (cp. Art. 146) – 'reprimirá', lê-se no art. 148. A lei, a que se refere o art. 148, é penal, e pode ser parte da lei especial de que se cogita no artigo 146, ou de alguma lei geral, inclusive o Código Penal; porém à lei especial do art. 146 não se permitiria ser parte de outra, não especial. [783]

José Inácio Franceschini[784] baseia ainda seu entendimento no seguinte ensinamento de Frederico Marques, *in verbis*:

> 2. A intervenção do Estado, na vida econômicas das empresas particulares, ditadas pelos modernos princípios da 'economia dirigida', acabou criando une branche nouvelle du Droit Pénal, designada pelo nomen juris de direito penal econômico.
> [...]
> Verifica-se, do exposto, que os fatos descritos na consulta estão no âmbito do direito penal econômico brasileiro e submetidos a suas normas e princípios, regras legais e postulados, uma vez que tanto a Lei n. 1.521, de

[780] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 2004, p. 185.
[781] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 1996, p. 8.
[782] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 2004, p. 115.
[783] MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p. 28/29.
[784] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 1996, p. 12.

> 1951, como a Lei n. 4.137, de 1962, constituem o sucedâneo e base desse ramo da Ciência Jurídica, em nossos sistemas legislativos. [785]

Mais recentemente, José Cretella Júnior, comentando a atual Constituição de 1988, assevera que:

> A lei a que se refere o § 4º do art. 173, reprimindo o abuso do poder econômico, é lei penal. [786]

Assim, José Inácio Franceschini[787] refere que a análise da natureza da lei antitruste leva à conclusão de sua inserção no direito penal econômico, mesmo na atual vigência da Lei antitruste nº 8.884/1994.

Não obstante os argumentos do autor acima, impende salientar que a lei antitruste nº 8.884/1994, a exemplo da Lei nº 4.137/1962, não estatui nenhuma sanção de natureza penal, a saber: pena criminal ou medida de segurança. Essas consequências jurídicas foram estabelecidas pela Lei nº 8.137/1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica, cujos artigos 4º, 5º e 6º estabelecem a tutela penal da livre concorrência.

Nesse sentido, Sérgio Bruna bem explica a natureza da tutela antitruste e da tutela penal antitruste:

> Enganam-se aqueles que consideram a matéria como integrante do Direito Penal, ou do Direito Penal Econômico, já que o fato de algumas vezes serem imputadas penas restritivas de liberdade aos autores do abuso de poder econômico não significa que a disciplina antitruste seja matéria de Direito Penal, apesar de, inegavelmente, possuir implicações de caráter penal. [...]
> [...]
> Desse modo, a disciplina antitruste faz parte do Direito Econômico, não cabendo enquadrá-la no Direito Penal, senão falar em implicações penais do *abuso do poder econômico*. [788]

Em face disso, deve-se reconhecer que a tutela antitruste no Direito brasileiro é composta de medidas de natureza administrativa que se inserem no âmbito do direito econômico e de normas incriminadoras e sanções penais, que constituem um setor do direito penal econômico.

---

[785] MARQUES, José Frederico. Direito penal econômico − princípios sobre a interpretação de suas normas – do conceito de monopólio. *In* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985, p. 476/477.

[786] CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 13.

[787] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 1996, p. 11.

[788] BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 168/169.

5.4. Fundamento constitucional da tutela penal antitruste

A Constituição Federal influencia o direito penal por meio de postulados que resguardam as garantias individuais e que restringem a intervenção punitiva do Estado. Por outro lado, a ordem constitucional amplia o campo de atuação da lei penal com vistas a proteger um maior número de bens jurídicos.[789]

As normas constitucionais especificamente penais referem-se exclusivamente aos princípios que formam a base constitucional de elaboração do direito penal de caráter garantista ou liberal.

No que tange a esses princípios penais constitucionais, Francesco Palazzo preleciona que:

> [...] Apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade etc.) e, sem dúvida, delineiam a 'feição constitucional' de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal. [790]

As normas constitucionais pertinentes à matéria penal não são princípios estritamente de direito penal, pois impõem-se tanto ao legislador penal quanto ao legislador cível. Referem-se, predominantemente, ao aspecto de conteúdo das incriminações no sentido de fazer com que o direito penal se constitua em um poderoso instrumento de tutela dos bens de relevância social.[791]

Francesco Palazzo explica precisamente essas normas constitucionais, nestes termos:

> [...], os princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal, se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam, freqüentemente, os grandes rumos disciplinadores. Embora sejam princípios de condição obviamente constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característicos do direito penal; impõe-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier – não raro de forma necessária – na respectiva matéria. O fenômeno de sua influência no direito

[789] SILVA. *Op. cit.*, 2004, p. 68.
[790] PALAZZO. *Op. cit.*, 1989, p. 23.
[791] LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 10.

> penal moderno pressupõe o caráter 'sancionatório', em certo sentido, do direito penal em si, enquanto – diferentemente dos princípios de direito penal constitucional – condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística. [792]

Ainda sobre essas normas constitucionais, Luiz Luisi ensina que:

> Os princípios ditos apenas pertinentes ao direito penal traduzem, em geral, orientação ao legislador penal no sentido de determinar ao mesmo a elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores transindividuais. Constituem exemplos destes postulados as determinações contidas nas Constituições contemporâneas no sentido de proteção ao meio ambiente, ao trabalho etc.. Para a concreção dessas indicações constitucionais o legislador ordinário deverá editar normas de caráter civil prevendo indenizações, de caráter tributário prevendo tributos especiais e multas etc., e, também, se efetivamente necessário, normas incriminadoras penais.
>
> Os referidos princípios, embora em quase sua totalidade traduzam exigências de criminalização para proteção de bens coletivos, episodicamente podem ser concernentes aos aspectos gerais do direito penal. Mas via de regra se caracterizam por ampliarem a área de abrangência da resposta penal, alargando o campo dos bens penalmente tutelados, neles incluindo os de natureza transindividual. [793]

Essas normas constitucionais são denominadas cláusulas ou mandados de criminalização. São previsões constitucionais, as quais obrigam tratamento criminalizador ou um recrudescimento do tratamento penal a respeito de determinado fato social. A doutrina, em grande parte, entende que as determinações de criminalização traduzem uma necessidade de proteção por meio da tutela penal, impondo, assim, ao legislador o dever de tratá-las penalmente. Esse entendimento toma como premissa que o constituinte já teria avaliado não só a dignidade (entendida como merecimento), mas também a necessidade da tutela penal. Em contrapartida, entende-se que a presunção de obrigatoriedade dos mandamentos de criminalização não são compatíveis com os princípios de um direito penal mínimo e que violam os princípios básicos do Estado Democrático de Direito: separação dos poderes e legalidade penal. Salienta-se que se se entendo como obrigatório legislar penalmente nessas hipóteses, verifica-se inexistir um instrumento jurídico cabível para compelir o legislador a cumprir sua obrigação. Os mandamentos de criminalização são: a) expressos: aqueles nos quais o constituinte declara expressamente que determinado valor constitucional deverá ser tutelado penalmente ou que determinada conduta deve ser punida criminalmente; b)

[792] PALAZZO. *Op. cit*., 1989, p. 23.
[793] LUISI. *Op. cit*., 1991, p. 11.

implícitos: aqueles abstraídos dos preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais, que são reputados como dignos de tutela penal. Destaca-se que a ordem constitucional determina implicitamente a incriminação de condutas lesivas à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e, em seu art. 5º XLI, permite a punição de toda e qualquer lesão aos direitos fundamentais. [794]

Em que pesem os mandamentos de criminalização não serem normas constitucionais exclusivamente penais, estabelecem indicações para se elaborar uma norma penal protetora de bens jurídicos de alta relevância para a sociedade, como, por exemplo, a atividade econômica.

Em relação à atividade econômica, a Constituição Federal vigente atribui *status* de bem jurídico à livre iniciativa e à livre concorrência econômicas ao elegê-las como fundamento e princípio fundamental da ordem econômica nacional, haja vista os objetivos desta de garantir a todos uma existência digna e também a justiça social.[795] Para tutelar esses bens jurídicos essenciais à economia nacional, a Constituição Federal estatui em seu art. 173, § 4º, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico. Esse dispositivo constitucional é interpretado como um mandado de criminalização implícita, já que não determina expressamente ao legislador o emprego da intervenção penal para reprimir o abuso do poder econômico.[796]

A respeito do tema, vale conferir as considerações de Gonçalo Oliveira Junior, *in verbis*:

> Quando o constituinte originário facultou ao legislador – pelo art. 173, § 4º – reprimir penalmente o *abuso do poder econômico* que vise à *dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*, o fez ante a relevância dos bens jurídicos que orientam a *economia de mercado*. Fica patente, assim, que a Constituição não se contentou em apenas declarar formalmente os valores e a principiologia fundantes da vida econômica do país, mas confirmou a necessidade da tutela penal da *ordem econômica* – tal como regulada normativamente – e, por conseguinte, a *livre*

---

[794] CUNHA. *Op. cit.*, 1995, III Parte, p. 271 e segs.; PASCHOAL. *Op. cit.*, 2003, Caps. 3 e 4, p. 69-115; FELDENS. *Op. cit.*, 2005, Cap. 2, p. 69-154.

[795] Eduardo Reale Ferrari (Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. **Direito e democracia: revista do centro de ciências jurídicas da Universidade Luterana do Brasil**. Vol. 6, nº 2, p. 395-446, Canoas/RS: Edições ULBRA, 2º sem./2005, p. 399) aduz que: "Não há assim, como se falar em respeito à ordem econômica sem tutelar à dignidade humana vez que a ordem econômica busca a vida digna do qual a liberdade e a justa competitividade figuram essenciais".

[796] Cabe ressaltar que José Cretella Junior (*op. cit.*, 1996, p. 13), a exemplo de Pontes de Miranda (*op. cit.*, 1947, p. 28) em relação ao similar dispositivo da Constituição Federal de 1946, ensina que a lei mencionada pelo referido dispositivo constitucional tem natureza penal. Em sentido contrário, Eduardo Reale Ferrari (*op. cit.*, 2005, p. 401) entende que o constituinte não tinha a intenção de estabelecer neste dispositivo constitucional a intervenção penal.

> *iniciativa e a liberdade concorrencial*, cumprindo ao Poder Legiferante infraconstitucional a indicação dos casos sujeitos à punibilidade do Estado.
> *O mercado* – conjunto de operações econômicas e modelo de trocas, conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas – supõe a *livre competição*. Dizendo mais, é instituição jurídica institucionalizada pelo Direito que reclama a garantia da *liberdade competitiva* pelo Direito Penal. [797]

Assim, para preservar os fundamentos da economia de mercado o Estado emprega a intervenção penal com vistas a controlar as manifestações abusivas do poder econômico que, em razão da liberdade de competição, afetam o regular funcionamento do mercado livre.

Desse modo, a Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, autoriza a criminalização das práticas anticoncorrenciais decorrentes do abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.[798]

5.4.1 A repressão ao abuso do poder econômico

A tutela antitruste é um conjunto de normas que intervém sobre a atividade econômica para controlar o exercício abusivo do poder econômico com o objetivo de proteger as estruturas de mercado – liberdade de iniciativa e livre concorrência econômicas – de modo a garantir o regular funcionamento da economia nacional.

Desse modo também é o entendimento de Fábio Ulhôa Coelho, *in verbis*:

> A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral. [799]

---

[797] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 116/117.

[798] Gonçalo Oliveira Junior (*op. cit*., 2008, p. 135) aduz que: "Ainda que inexistente fosse a disposição constitucional agasalhada no art. 173, § 4º − que autoriza a penalização do *abuso do poder econômico* – legitimado estaria o legislador ordinário a assim proceder ante a importância da ordem econômica no quadro axiológico da Lei Maior e da necessidade da tutela penal resguardar este valor. Além do mais, a defesa dos bens pelas normas penais que atuam na tutela das relações econômicas assegura os meios pelos quais se realiza a justiça social em beneficio do conjunto da sociedade, *fim* da ordem econômica estabelecida e do próprio Estado".

[799] COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 5.

Assim, verifica-se que o fundamento da tutela antitruste radica no princípio da repressão ao abuso do poder econômico, estatuído no art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988. O sistema econômico de livre mercado tem como essência a liberdade de iniciativa e a livre concorrência econômicas, sendo seu pressuposto a circunstância de ausência de manifestações abusivas de poder econômico que possam afetar o regular funcionamento do mercado.

A repressão ao abuso do poder econômico foi prevista expressamente pela primeira vez na Constituição Federal de 1946, em seu art. 148.[800] Todavia, cabe mencionar que Pontes de Miranda[801] entende que essa orientação constitucional já se encontrava de modo implícito nas Constituições Federais de 1934 e de 1937. Deve-se reconhecer a procedência de tal entendimento, uma vez que efetivamente o primeiro diploma legal antitruste brasileiro surgiu sob a vigência da Constituição de 1937: o Decreto-lei nº 869, de 1938.

Na Constituição Federal de 1988 o princípio da repressão ao abuso do poder econômico está deste modo estatuído:[802]

> Art. 173. *Omissis*.
> §4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A ordem constitucional determina somente a repressão do exercício abusivo do poder econômico, ensejando a constatação de que para haver o abuso reprovável é necessário

---

800 A respeito dessa orientação constitucional, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**. Nº 21, p 23-30, Brasília: CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995, p. 24) aduz que: "A expressão 'poder econômico' constante do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, é um conceito que ganhou *status* constitucional com o aparecimento de normas jurídicas reguladoras da economia privada enquanto processo concorrencial".

801 MIRANDA. *Op. cit*., 1947, p. 27.

802 Sobre essa norma constitucional, José Inácio Franceschini (*op. cit*., 2004, p. 183/184) faz as seguintes considerações: "— Quanto ao teor do § 4º, sofre ele de impropriedade atávica, começa por conferir à legislação antitruste caráter tipicamente repressivo e policialesco, incompatível com a realidade política da Nação. Ao autoritarismo interessa a imposição da pena como objetivo primordial, pouco se lhe importando os efeitos das condutas sobre a sociedade em geral. A legislação antitruste nacional, influenciada desde sua origem por suas congêneres européias, não tem esse caráter essencialmente punitivo, buscando, antes, a conciliação dos princípios da livre concorrência com o desempenho social, econômico e tecnológico, desejável, pressuposto do real desenvolvimento nacional e da justiça social. O pragmatismo da vida econômica tem nas reprimendas sua *ultima ratio*, almejando, antes de tudo, as soluções e os resultados, o progresso, a eficiência e o desenvolvimento. Assim, caberia ao texto constitucional cristalizar e ressaltar o aspecto preventivo, tendente à pronta restauração da ordem econômica atingida por eventuais excessos, procurando, antes de tudo, evitar o dano aos interesses sociais e econômicos da coletividade. — Ademais, embora tradicional, inadequada é a referência 'abuso do poder econômico'. A lei visa a obstar qualquer conduta ou resultado anticompetitivo, seja ele resultante ou não do poder econômico. À legislação antitruste é irrelevante o poder de mercado em si mesmo, tratando, sim, de impedir que este resulte em práticas predatórias ou restritivas da concorrência. A lei apena qualquer conduta ou resultado anticompetitivo, seja ele decorrência ou não do poder econômico".

previamente a existência do poder econômico legítimo, sem o qual não se configurará a situação de poder econômico censurável mencionada pela Constituição Federal. Com efeito, o poder econômico é um dado estrutural do mercado, pois a ordem constitucional determina a repressão somente de sua abusividade, reconhecendo como legítimo seu exercício de modo regular e em conformidade com os objetivos da ordem econômica.[803]

A esse respeito, André Ramos Tavares preleciona que:

> 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 legitimo uso do poder econômico não sofre nem poderia sofrer qualquer tipo de restrição, sendo essencial tanto ao regime liberal da iniciativa privada quanto ao desenvolvimento do país.[804]

O termo *poder*, de modo geral, designa a capacidade ou possibilidade de agir. Em um sentido especificamente social, o vocábulo poder significa a capacidade geral de agir, como também a capacidade de se determinar o comportamento de outrem.[805] Na seara econômica, o vocábulo *poder* refere-se à capacidade de dominação econômica apresentada por uma agente econômico em relação aos demais competidores de um mercado.[806]

O poder econômico é um fenômeno inerente ao sistema de economia de mercado,[807] sendo dotado de legitimidade jurídica à medida que somente é vedado seu exercício abusivo.[808] O poder econômico refere-se à condição de independência do agente econômico na tomada de suas decisões econômicas, ou seja, a possibilidade de tomar decisões econômicas fora dos limites que o sistema concorrencial impõe aos competidores de um mercado. Desse modo, o agente econômico passa a condicionar e a conformar suas atitudes individuais no exercício de sua atividade econômica independentemente das condições do sistema econômico concorrencial.[809] Assim, o poder econômico confere ao agente a capacidade de influir nas condições fáticas da concorrência e também a condição de não se

---

803 BRUNA. *Op. cit.*, 2001, p. 117 e 129.
804 TAVARES. *Op.cit*., 2006, p. 265.
805 BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO. *Op. cit*., 1999, p. 933.
806 BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009, p. 28. Gilberto Pinheiro Junior (*op. cit*., 2003, p. 25 e 26) aduz que: "[...] o poder econômico é uma das formas de manifestação do Poder como um todo. Em razão disso, exprime uma conotação de natureza política, já que simboliza o domínio, no relacionamento entre pessoas ou entidades de diversas vertentes, em razão da grande capacidade de acumulação de moeda (esta entendida no seu sentido mais amplo) e crédito por algumas das partes. [...] o Poder Econômico é a expressão política do exercício da atividade econômica".
807 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 240.
808 FERRAZ Jr. *Op. cit*., 1995, p. 24/25.
809 BRUNA. *Op. cit.*, 2001, p. 104.

submeter às regras concorrenciais da ordem econômica, configurando-se seu poder de mercado, que significa poder dentro do mercado.[810]

O poder econômico, portanto, é uma condição de independência na tomada de decisões econômicas e a capacidade de influenciar o comportamento econômico dos demais competidores, sem se submeter às regras do sistema concorrencial puro.

Nesse sentido, Ana Maria Nusdeo[811] define o poder econômico como: "a possibilidade de exercício de uma influência notável e a princípio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, influindo na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas, através de uma conduta de indiferente em alto grau".

Por sua vez, Sérgio Bruna[812] conceitua, sob o prisma da disciplina jurídica, o poder econômico como a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios e de fundamentalmente controlar os preços de modo diverso do que ocorreria em condições puramente concorrenciais. Percebe-se que a essência do poder econômico é a aptidão para influenciar os preços e a quantidade produzida para além dos limites admissíveis em um mercado de concorrência efetiva.[813]

O poder econômico é juridicamente legítimo, à medida que somente seu exercício abusivo é vedado pelo Direito. Isso quer dizer que quando se abusa em seu exercício configura-se um infração à ordem econômica concorrencial, uma vez que nesse caso há um desvio no exercício do direito de concorrer, do qual o poder econômico é base jurídica e de fato.[814]

Nesse contexto, incumbe ao Direito reprimir o abuso do poder econômico, mas não lhe compete reprimir as práticas concorrenciais *per se*, nem lhe cabe buscar definir positivamente o que se admite como ato concorrencial, sob pena de consumar uma intervenção indevida no domínio econômico.[815]

A respeito disso, Fábio Nusdeo aduz que:

> O controle ou a repressão não do poder econômico, porque este é inerente à prática do sistema de mercado, mas ao seu abuso, manifestado pelas mais diversas formas, constitui o objeto de toda a legislação de tutela da

[810] FERRAZ Jr. *Op. cit*., 1995, p. 24.
[811] NUSDEO. *Op. cit*., 2002, p. 240/241.
[812] BRUNA. *Op. cit*., 2001, p. 104/105.
[813] GOMES. *Op. cit*., 2004, p. 135.
[814] FERRAZ Jr. *Op. cit*., 1995, p. 25.
[815] FERRAZ Jr. *Op. cit*., 1995, p. 25.

> concorrência antitruste. Por essa razão, estas leis existem em todos os países cuja economia se baseie no mercado ou a ele atribuam parte significativa das decisões econômicas. O contrário seria revogar o princípio da liberdade econômica, fulcro do mesmo mercado, pois no jogo econômico a liberdade pode ser tolhida com igual eficiência tanto pelo poder político, quanto pelo econômico. [816]

A verificação dos aspectos da repressão à abusividade do poder econômico exige, previamente, a compreensão do que seja mercado relevante e posição dominante, que são dados inerentes ao conceito de abuso do poder econômico.[817]

Os efeitos anticoncorrenciais decorrentes do abuso do poder econômico são sentidos em um determinado mercado: o mercado relevante. Assim, a determinação da ilicitude das manifestações abusivas do poder econômico exige a delimitação do mercado relevante no qual os efeitos anticoncorrenciais serão sentidos.[818]

Paula Forgioni[819] ensina que: "O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado". Essa noção de mercado relevante serve para identificar qual concorrência as práticas anticoncorrenciais atingem.

Para delimitar o mercado relevante são analisados dois aspectos complementares e indissociáveis, a saber: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material ou mercado do produto.[820]

Nesse sentido, a Portaria conjunta nº 50, de 1º de agosto de 2001, da SDE – Secretaria de Defesa Econômica e SEAE – Secretaria de Acompanhamento Economico, dispõe que:

> [...] o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado.

Uma vez identificada a dimensão do mercado afetado pelos atos anticoncorrenciais, busca-se determinar a parcela desse mercado que o agente econômico detém, para se verificar o grau do exercício do poder econômico.

Para atuar no mercado o agente econômico detém poder econômico que lhe permite atuar de modo independente e com indiferença em relação aos demais concorrentes. Nesse

---

[816] NUSDEO. *Op. cit*., 1997, p. 318.
[817] BRUNA. *Op.cit*., 2001, p. 73.
[818] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 230/231.
[819] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 231.
[820] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 232.

contexto, o agente econômico assume uma posição de dominante em face dos demais concorrentes, adotando, *grosso modo*, um comportamento típico de monopolista para aumentar os preços e impor aos outros agentes práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência efetiva naquele mercado.[821]

Paula Forgioni ensina que:

> *A posição dominante* implica sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos. [822]

Em síntese, a posição dominante é o poder econômico detido pelo agente no mercado, que lhe assegura a possibilidade de adotar um comportamento independente e indiferente em relação aos outros agentes e às leis de mercado.[823]

Vale conferir como Sérgio Bruna conceitua posição dominante:

> *posição dominante* é aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante. [824]

A Lei antitruste nº 8.884/1994, em seu art. 20, §2º e §3º, dispõe que se configura a posição dominante quando a participação do agente equivale ou excede a 20% do mercado relevante.

Em face disso, pode-se afirmar que o abuso do poder econômico configura-se por meio do exercício abusivo da posição dominante ou do ato de dominar o mercado relevante de bens e serviços, segundo inteligência do art. 20, II e IV, da Lei antitruste nº 8.884/1994, ensejando uma infração ao sistema concorrencial do mercado. Isso porque o exercício abusivo do poder econômico restringe ilicitamente a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, de modo a proporcionar ao agente econômico uma parcela superior do mercado àquela que legitimamente lhe caberia em um sistema concorrencial efetivo.

---

[821] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 314/315.
[822] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 317.
[823] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 318.
[824] BRUNA. *Op.cit.*, 2001, p. 115.

São oportunas as considerações de André Ramos Tavares, confira-se:

> [...] Na realidade, o abuso decorrente da posição de vantagem adquirida por determinado agente econômico é atentatório ao princípio da livre iniciativa e livre concorrência, ocasionando, pois, a possibilidade de excepcionar essa ampla liberdade pela intervenção imediata do Poder Público, na busca da restauração daquele ideal principiológico. [825]

Em contrapartida, a Constituição Federal estabelece em seu art. 173, §4º, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico para proteger a livre concorrência, que é um princípio fundante da ordem econômica nacional, bem como dado inerente ao sistema econômico de mercado e consagração da liberdade de iniciativa econômica.

O ministro Carlos Velloso, em sede de seu voto na Adin nº 1.094-8/DF, assim se pronunciou sobre as práticas anticompetitivas na Economia:

> [...] tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição.

Por conseguinte, o direito penal atribui à livre concorrência o *status* de bem jurídico-penal, de modo a protegê-la por meio da tutela penal antitruste para assegurar os fundamentos e o regular funcionamento da economia de mercado livre.

5.4.2 A livre concorrência como bem jurídico-penal

A tutela jurídica antitruste tem como objeto de proteção a livre concorrência.[826] Cabe, então, assinalar que a investigação sobre a tutela penal antitruste deve delimitar o que constitui a livre concorrência como bem jurídico-penal, pois é a partir da compreensão de seu objeto de proteção que se pode verificar a legitimidade da intervenção penal sobre esse aspecto da ordem econômica nacional, bem como interpretar os seus tipos penais.[827]

Etimologicamente o vocábulo concorrência deriva do latim *concurrentia*, de *concurrere*, significando disputar, pretender, combater e contribuir. Na seara jurídica é empregado em todos os seus sentidos originários. No âmbito da Economia, o termo concorrência significa o ato pelo qual os agentes econômicos estabelecem competições de

---

[825] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 267.

[826] Nesse sentido, José Inácio Franceschini (*op. cit*., 2004, p. 189) aduz que: "O Direito Antitruste protege um único objeto jurídico: o direito constitucional da 'livre concorrência'".

[827] MALAMUD GOTI, Jaime E.. **Derecho penal de la competencia: abastecimientos – monopólios.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1984, p. 17.

preço para que se estabeleçam as condições mais adequadas para a efetivação da lei econômica da oferta e da demanda.[828]

O vocábulo *concorrência* adquiriu uma conotação econômica somente por volta do século XVI, na Inglaterra, embora haja a possibilidade de existência de termos equivalentes em francês e italiano de data anterior. Entretanto, a livre competição como técnica para adquirir e manter determinada parcela do mercado tem sua origem nos postulados do liberalismo econômico, que atribuía ao capitalista (investidor) o risco do empreendimento empresarial e vinculava o retorno do investimento à capacidade produtiva das unidades econômicas (fábricas). Em contrapartida a esse risco foi atribuída maior liberdade aos agentes (industriais e comerciantes) para competirem livremente entre si na busca de novos mercados e consumidores para seus produtos, conforme os preços que entendessem adequados e sem quaisquer restrições estatais. Destaca-se que apesar de a obra *A riqueza das nações*, de Adam Smith, não trazer ideias novas a respeito da livre concorrência, constitui-se como a sedimentação do movimento que pugnava pela libertação do agente econômico, ou seja: o mercado deveria funcionar e se reger por suas próprias regras, sem a intervenção do Estado.[829] Assim, a livre concorrência constitui-se como fenômeno inerente à noção de Economia de mercado.

A liberdade de competição tem no *Décret d'Allarde*, de março de 1791, que instaurou na França o regime de liberdade de comércio e de indústria para todos sem a necessidade de integrar determinada corporação de ofício, e na Lei *Le Chapelier*, de junho de 1791, que proibiu a existência da corporações de ofício e confirmou a liberdade de exercício profissional, suas primeiras fontes legislativas.[830]

Nesse contexto, a teoria econômica passou a ressaltar as vantagens da livre concorrência para o mercado e para os consumidores.[831] Assim, Paula Forgioni destaca que:

> A concorrência passa a ser encarada como a solução para conciliar a liberdade econômica individual com o interesse público: preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se ao interesse público (preços inferiores aos de monopólios, melhora da qualidade dos produtos

[828] SILVA. *Op. cit*., 2003a, p. 331.
[829] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 30 e 57/59.
[830] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 59. Todavia, Eros Grau (*op. cit*., 2005, p. 203) informa que a primeira manifestação sobre a ideia de liberdade de competição estaria no édito de *Turgot*, de fevereiro de 1776, sendo posteriormente adotada plenamente no *Décret d'Allarde*.
[831] FORGIONI. *Op. cit.*, 2005, p. 61.

> etc.), ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante a mais ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.
> A concorrência é o antídoto natural contra o grande mal dos monopólios, apta a regular o mercado, conduzindo ao bem-estar social, sem a necessidade de intervenção estatal, ou seja, a existência do livre mercado seria assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena. Por esse motivo, nesse momento histórico, não havia maiores preocupações em se imporem à liberdade de concorrência. [832]

Não obstante as vantagens da livre concorrência, percebeu-se que a competição selvagem entre os agentes econômicos prejudicava ao mercado e aos consumidores. Em face disso, surgiu a necessidade de disciplinar juridicamente o exercício do direto de concorrer no mercado.[833]

Desta feita, o Direito assegura a liberdade de desenvolvimento de atividade econômica, mas, para garantir a manutenção das regras da competição econômica e do mercado, disciplina juridicamente o comportamento dos agentes econômicos no mercado, protegendo o princípio da livre concorrência econômica.[834]

Assim, a livre concorrência é um modo de se desenvolver a atividade econômica sob a égide das leis de mercado e também do Direito, colocadas para sua própria proteção e manutenção.

Nesse sentido, Eduardo Reale Ferrari pontifica que:

> A livre concorrência significa que a atividade econômica, baseada na livre iniciativa deve desenvolver-se segundo as leis do mercado, sem outros limites que não os estabelecidos na própria Constituição, como meio de impedir que a concorrência se transforme em abuso, em falta de correção, em deslealdade, em ganância. [835]

A respeito da livre concorrência são oportunas as considerações de André Ramos Tavares, nestes termos:

> Sendo livre a concorrência, as leis do mercado determinarão as circunstâncias em que haverá ou não êxito do empreendedor (livre-iniciativa). A livre concorrência não tolera o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre, com o afastamento artificial da competição entre os empreendedores. Pressupõe, pelo contrário, inúmeros competidores, em situação de igualdade.

---

[832] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 61.
[833] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 66/67.
[834] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 61.
[835] FERRARI. *Op. cit*., 2005, p. 436.

> Sem concorrência livre não se pode, efetivamente, falar em economia de mercado, de sistema capitalista ou de Estado liberal. [836]

Portanto, a livre concorrência é um dos fundamentos do sistema capitalista e tem por objetivo assegurar o funcionamento do livre mercado na seara econômica nacional. É a livre concorrência que garante um eficiente e legítimo sistema de economia de mercado, em que a competição entre os agentes econômicos busca alcançar a otimização dos recursos econômicos e os preços justos dos produtos e serviços, evitando-se em razão disso os lucros arbitrários e os abusos do poder econômico.[837]

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) destaca que a livre concorrência possibilita uma maior variedade e qualidade dos produtos e serviços, bem como a redução dos preços em face da competição entre os agentes econômicos. Para além disso, a livre concorrência é a essência do equilíbrio entre a oferta e a demanda no mercado. Assim o CADE, em sua Cartilha, se pronuncia sobre a livre concorrência:

> É essencial a presença da concorrência no contexto de uma economia de mercado, posto que a mesma possibilita um aumento na variedade e na qualidade dos produtos, e ainda corrobora para a diminuição dos preços dos mesmos. É a concorrência, o fator determinante para que os preços exprimam a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. Para que se obtenha os benefícios derivados da concorrência, é necessário que as empresas invistam em tecnologia, bem como realizem um estudo de mercado com o intuito de conhecer e atender as expectativas e desejos dos consumidores. Poderíamos dizer que a concorrência é um instrumento existente em beneficio dos cidadãos, vez que são estes os consumidores finais dos produtos e que experimentam as melhorias decorrentes das circunstancias concorrenciais. Além de conferir benefícios aos consumidores, a disputa entre as empresas ocasionada pelo ambiente concorrencial propicia que a economia brasileira entre com uma melhor estrutura no mercado externo.

Miguel Reale Junior bem apresenta o conceito de livre concorrência, nestes termos:

> *A livre concorrência* é a liberdade para competir no mercado consistindo a concorrência na existência de diversos agentes que, num mesmo temo e espaço, buscam um mesmo ou similar objetivo.
> [...]
> Neste domínio, a concorrência decorre, como conseqüência necessária, da *liberdade de iniciativa econômica*, sendo então adjetivada como "livre", isto é, acessível a todos, liberta de certos obstáculos que têm por efeito impossibilitar ou dificultar sobremaneira a acessibilidade, a todos, de ofertar,

[836] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 258.
[837] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 258q259.

> num mesmo mercado, bens ou serviços iguais, similares ou análogos, por parte de diversos operadores. [838]

Em síntese, livre concorrência pode ser compreendida como a liberdade de competir economicamente por parcela do mercado sem a interferência do Estado ou de obstáculos indevidos criados pelo abuso do poder econômico dos demais competidores.[839]

Não obstante, a livre concorrência, como princípio fundamental da ordem econômica, exige a intervenção estatal (normativa e fiscalizadora) para garantir seu livre exercício e o funcionamento normal do sistema de mercado concorrencial, evitando-se assim a interferência abusiva de determinado agente econômico sobre a Economia. Com efeito, a defesa da livre concorrência é essencial para o desenvolvimento do mercado e da economia nacional, além de resultar em proteção para o consumidor.[840]

Nesse sentido, cabe destacar as considerações de Manuel Abanto Vasquez, *ipsis litteris*:

> A pedra angular do sistema de economia de mercado é a "concorrência", quer dizer, o livre jogo da oferta e demanda dos bens e serviços. Esta concorrência constitui por si mesma um "bem", cuja proteção legal é necessária para o bom funcionamento do sistema de economia de mercado e para obter os benefícios que se esperam deste para a economia e, em última instância, para os cidadãos. [841]

Assim como a livre concorrência possibilita a otimização da produção de bens e serviços e sua distribuição a preços adequados, incumbe ao Estado intervir para proteger esse instrumento essencial do sistema de economia de mercado adotado pela Constituição Federal vigente.[842]

Miguel Bajo Fernandez salienta que a defesa da livre concorrência é uma regra no Direito do mundo ocidental, confira-se:

> Nos países ocidentais se tem considerado a competência no mercado como um dos pressupostos mais elementares para o progresso socioeconômico.

---

[838] REALE JÚNIOR, Miguel. **Problemas penais concretos**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 73.
[839] BRUNA. *Op. cit*., 2001, p. 135.
[840] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 260/261.
[841] ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Derecho penal y libre competência. *In* AGUADO, Paz Mercedes de La Cuesta. **Derecho penal económico**. Mendoza/Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 82.
[842] MALAMUD GOTI. *Op. cit*., 1984, p. 19.

> Daí que a proteção da competência se há pretendido desde distintas frentes múltiples, incluída desde a perspectiva do Direito. [843]

Jaime Malamud Goti identifica bem a ideia central para a proteção da livre concorrência, a saber:

> na medida em que o mercado competitivo permite uma aceitável distribuição de bens e riqueza, um ótimo nível de eficiência e produção, toda atividade que afete essa concorrência atacará, de uma maneira ou de outra, ao bem-estar comum. [844]

Assim, Jaime Malamud Goti[845] conclui que a proteção do mercado e do bem-estar da coletividade constituem questões inseparáveis, reconhecendo que essa circunstância é a razão para o surgimento da tutela penal antitruste.

Cumpre destacar que a defesa da livre concorrência faz reconhecer o *direito de concorrer* dos agentes econômicos, enquanto a repressão às práticas anticoncorrenciais configuram o *dever de competir*, segundo as regras de mercado e do Direito.[846]

Por conseguinte, verifica-se que o caráter de bem jurídico da livre concorrência decorre de sua indispensabilidade para o funcionamento do sistema econômico e político do Estado democrático.[847]

A esse respeito cabe transcrever as considerações de Manuel Abanto Vasquez, que se expressa nestes termos:

> A liberdade de concorrência como valor, dentro de uma economia social de mercado, tem sido unanimemente reconhecida como bem jurídico. Sua importância radica na operatividade que outorga ao sistema de economia de mercado; a livre concorrência é o instrumento que faz real a consecução, não somente de fins econômicos (aumento do bem-estar) senão também de fins políticos: o permitir o máximo desenvolvimento possível da liberdade individual. Não pode haver economia (social) de mercado sem liberdade de concorrência. Tampouco pode existir liberdade de concorrência, se esta não tem uma mínima proteção, pois se sabe por experiência que um sistema, o qual em seus inícios pode ser competitivo, tende a ser destruído pelos próprios agentes econômicos mediante práticas restritivas, se estas não são controladas administrativa e/ou penalmente. Fica, então, claro que a proteção da concorrência não interessa unicamente aos agentes do mercado e

[843] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 235.
[844] MALAMUD GOTI. *Op. cit*., 1984, p. 26.
[845] MALAMUD GOTI. *Op. cit*., 1984, p. 26.
[846] BAJO FERNANDEZ. *Op. cit.*, 1978, p. 240.
[847] ABANTO VASQUEZ. *Op. cit*., 2003, p. 84.

> participantes diretos do processo econômico, senão a toda a coletividade. [848]

Com efeito, a livre concorrência adquire dignidade penal (ou seja, configura-se como bem jurídico-penal) em razão de a Constituição Federal lhe atribuir a natureza de princípio fundamental da ordem econômica nacional, cabendo, assim, sua proteção, e consequentemente a da livre iniciativa, à tutela penal antitruste para fins de prevenir e reprimir as práticas dos agentes econômicos que extrapolam os limites do direito de concorrer no mercado e que restrinjam abusivamente a liberdade de competição dos demais concorrentes.

Nesse sentido, vale conferir as conclusões de Gonçalo Oliveira Junior, *in verbis*:

> Porque portadoras de importantes anseios da coletividade, a *livre concorrência* e a *livre-iniciativa* figuram como bens jurídico-penais *macrossociais* de imponderável magnitude, de onde são hauridos os elementos materiais dos tipos de injustos desenhados na lei de regência. Exatamente por esta razão reputa-se inexorável o socorro à via penal. [849]

A intervenção estatal sobre o exercício da livre concorrência decorre da circunstância de o ilícito praticado com abuso de poder econômico poder causar graves danos ao mercado.[850] De fato, não há duvida que a gravidade das práticas anticoncorrenciais legitima a proteção da livre concorrência, pois os atos restritivos da liberdade de competir afetam nocivamente não apenas os concorrentes diretos mas também a toda a coletividade, porquanto pode alterar o funcionamento do mercado em detrimento dos fins sociais almejados pela ordem econômica nacional.

Rodolfo Tigre Maia explicita bem a danosidade dos atos anticoncorrenciais, nestes termos:

> é inequívoco o enorme custo social dos crimes econômicos em geral e dos ilícitos concorrenciais em particular. Eles não só (a) atingem a própria organização da economia como um todo, constituindo indesejável óbice à concretização dos valores e dos objetivos constitucionalmente atribuídos à ordem econômica, como (b) inviabilizam as políticas públicas que perseguem sua realização; em consequência, (c) frustram a consecução de direitos sociais e individuais pelos cidadãos. Acresça-se que, (d) com a eliminação da desejável igualdade de condições dos agentes econômicos que atuam no mercado, muitas empresas, por não resistirem a uma competição

[848] ABANTO VASQUEZ, Manuel A.. Los delitos contra la libre competencia. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, ano III,vol. 3, nº 6, p. 425-441, junho de 1998, p. 426.
[849] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit.*, 2008, p. 22.
[850] CARDOZO. *Op. cit*., 2007, p. 573.

> desigual, desaparecem neste processo, com as inevitáveis seqüelas disto decorrentes, exemplificadas nas perdas de poupança individuais dos seus investidores, na diminuição da arrecadação tributária estatal e no aumento do desemprego. Além disso, (e) a eliminação da competição quase sempre conduz a um incremento de preços, que resulta na presença de prejuízos efetivos que atingem um número indeterminado de consumidores. [851]

Manuel Abanto Vasquez, pronunciando-se sobre a legitimidade da tutela penal da livre concorrência, destaca que:

> Uma eficaz proteção penal da livre concorrência significará, ante os cidadãos, um maior reproche ético-social de condutas proibidas, e consequentemente um maior efeito preventivo geral. Esta 'função de consciência' parece ser uma das tarefas do Direito Penal quando se trata de delitos econômicos, pois precisamente nesta área, donde se tem constatado teoricamente a danosidade social e o merecimento de pena de certas condutas, ao mesmo tempo, se demonstra que existe uma falta de percepção da gravidade disso nos cidadãos ('déficit de valoração'), incluindo os próprios autores do delito, as vítimas e os operadores da administração da justiça. [852]

Em face da danosidade social das práticas anticoncorrenciais constata-se o merecimento e a necessidade da intervenção penal para proteger a livre concorrência como bem jurídico-penal.[853]

Por outro lado, Jaime Malamud Goti[854] entende que a tutela antitruste desde o início se depara com um mercado em que o poder econômico dos agentes econômicos impede o ideal jogo de livres vontades, cabendo, nesse contexto, à tutela penal antitruste buscar evitar o agravamento dessa situação já distorcida.

O direito penal brasileiro tem como objeto de proteção a ordem econômica nacional, que é composta por vários bens jurídicos econômicos, tais como: sistema tributário nacional, sistema financeiro, livre concorrência etc. Por sua vez, a Lei nº 8.137/1990 busca proteger vários aspectos da ordem econômica, conquanto seus dispositivos não tutelem todos os bens jurídicos da ordem econômica nacional. Todavia, cumpre destacar que os seus arts. 4º, 5º e 6º constituem a tutela penal antitruste brasileira, pois o bem jurídico-penal diretamente protegido pelas descrições legais das condutas incriminadas é a livre concorrência, conforme análises desses dispositivos da lei penal antitruste referida. Assim também entende Gonçalo Oliveira

---

[851] MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 129.
[852] ABANTO VASQUEZ. *Op. cit*., 2003, p. 95/96.
[853] ABANTO VASQUEZ. *Op. cit*., 2003, p. 87.
[854] MALAMUD GOTI. *Op. cit*., 1984, p. 20.

Junior[855] em relação aos referidos dispositivos penais supra, confira-se: "[...] o interesse diretamente protegido é a manutenção da livre concorrência, a qual sempre é vulnerada pelas condutas anticompetitivas incriminadas".

Assim, pode-se afirmar que o fundamento e o bem jurídico-penal protegido pela tutela penal antitruste da Lei nº 8.137/90, respectivamente, são a repressão ao abuso do poder econômico e a livre concorrência.

Nesse sentido é o entendimento de Régis Prado, que preleciona:

> Tutelam-se a livre concorrência e a livre iniciativa, fundamentos basilares da ordem econômica. Desse modo, as ações que colocarem em perigo ou efetivamente violarem essa liberdade, assegurada constitucionalmente a todos, configurarão crime contra a ordem econômica. [856]

Cabe mencionar que a livre concorrência é o bem jurídico penal indicado tanto no art. 4º como também nos arts. 5º e 6º da Lei nº 8.137/90, já que estes últimos dispositivos legais estatuem crimes da mesma natureza daquele dispositivo.

Por sua vez, Gonçalo Oliveira Junior,[857] ao comentar os arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990, assim se pronuncia: "[...] o princípio da livre concorrência é estrutural da ordem econômica, constituindo um bem jurídico-penal, valor axiológico imediato tutelado pelo diploma especial focado, e que é atingido pelas ações abusivas tipificadas, implicando, sempre, um dano institucional".

Diante do exposto, é forçoso reconhecer que a livre concorrência, sendo princípio fundamental da ordem econômica nacional, constitui-se como um bem jurídico-penal a ser protegido pela tutela penal antitruste efetivada para manter o regular funcionamento do sistema de mercado concorrencial estatuído constitucionalmente como regime econômico da economia brasileira.

---

[855] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit.*, 2008, p. 154.
[856] PRADO. *Op. cit*. 2004, p. 36.
[857] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit.*, 2008, p. 156.

5.5. A repressão penal ao abuso do poder econômico: os crimes contra a livre concorrência da Lei nº 8.137/1990

O Estado estimula e incentiva a expansão do poder econômico com o objetivo de obter maior desenvolvimento econômico nacional. Em contrapartida, exige que o exercício do poder econômico seja realizado em conformidade com os fins sociais atribuídos à ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal vigente, considerando-o abusivo e reprovável quando empregado para limitar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência dos demais competidores do mercado.

Para proteger a ordem econômica nacional a Constituição Federal determina a repressão ao exercício abusivo do poder econômico que possa afetar lesivamente o sistema econômico concorrencial constitucionalmente estatuído.

A infração à livre concorrência decorre do mau uso de um poder legítimo e tem seu fundamento na ideia de que o direito de concorrer no mercado não deve ser exercido contra a própria livre concorrência quando o agente econômico emprega seu poder econômico em suas estratégias para ganhar ou manter determinada parcela do mercado.[858]

Tércio Sampaio Ferraz Jr.[859] ensina que a noção de abusividade tem origem na Idade Média com a teoria da *aemulatio*, que atribuía responsabilidade ao agente do ato praticado com a intenção maligna de lesar e sem utilidade própria ou com utilidade irrisória. Assim, a abusividade decorre do *animus aemulandi*, que significa a escolha de ação, dentre outras, prejudicial a outrem. O referido autor ainda preleciona que essa noção na atualidade corresponde ao conceito de dolo eventual (art.18, I, segunda parte, do Código Penal brasileiro), ou seja, o agente não deseja diretamente as consequências lesivas que poderiam advir de seu comportamento, mas escolhe mesmo assim realizar o ato que pode provocar o resultado indesejável. Desse modo, pode-se afirmar que o abuso do poder econômico é um mau uso do direito de propriedade.

---

[858] FERRAZ Jr. *Op. cit*., 1995, p. 26/27.

[859] FERRAZ Jr. *Op. cit*., 1995, p. 25. A respeito da origem histórica da noção de abusividade, cabe mencionar que Marcus Elidius Almeida (**Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Editora Quartier Lantin, 2004, p. 40 e segs.) ensina que a teoria do abuso de direito tem sua origem no Direito romano antigo, sendo, inclusive, atribuída ao orador romano Cícero a seguinte frase:*Summum jus, summa injuria* (Do excesso do direito resulta a suprema injustiça). Destaque-se que o abuso de direito – ao lado do desvio de poder − compõe a estrutura conceitual do abuso do poder econômico.

Etimologicamente o termo abuso vem do latim *abusu*, que significa mau uso ou uso errado, excessivo ou injusto.[860] Sob o prisma jurídico, agir com abuso ou abusar – do latim vulgar *abusare* – refere-se ao uso imoderado, desmedido do poder ou de determinado direito.[861]

Na seara jus-econômica, abuso do poder econômico significa o exercício arbitrário e egoístico do direito de concorrer e do poder que emana do direito de propriedade, resultando em prejuízo para os demais concorrentes no mercado e para a sociedade de um modo geral.

O abuso do poder econômico tem sua estrutura baseada nas noções de abuso de direito e do desvio de poder, que se complementam para formar seu conceito jurídico.[862] Isso porque, como assevera Miguel Reale:

> mesmo o exercício de um direito ou de um poder, anteriormente considerado normal segundo os parâmetros individuais dominantes, passa a ser considerado irregular ou ilícito, seja pelo dano acarretado, seja pela gritante desproporção surgida entre a titularidade do direito e as prerrogativas e privilégios que ela proporciona a alguns em detrimento da coletividade.[863]

Nessa linha de entendimento, Ana Nusdeo[864] conceitua o abuso do poder econômico como um desvio do dever de exercê-lo em conformidade com os padrões de legalidade com vistas a dominar o mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Abusar do poder econômico consiste em exercê-lo com desvio de sua função social de promover os fins da ordem econômica para proporcionar a todos uma existência digna e o desenvolvimento com justiça social. Assim, o abuso do poder econômico radica na exploração da atividade econômica de modo nocivo à livre concorrência, ao mercado e ao próprio desenvolvimento socioeconômico da nação.[865]

Cabe trazer a lume a definição formulada por Sergio Bruna, *in verbis*:

> [...] tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de

---

[860] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997, p. 17.
[861] SILVA. *Op. cit.*, 2003a, p. 10.
[862] NUSDEO. *Op. cit*., 2002, p. 241.
[863] REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais. *In* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985, p. 523.
[864] NUSDEO. *Op. cit*., 2002, p. 241.
[865] BRUNA. *Op.cit*., 2001, p. 176/177.

> iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial [...].[866]

Desse modo, pode-se afirmar que o abuso do poder econômico configura-se pelo exercício imoderado do direito de concorrer por determinado agente econômico para submeter a seus interesses os demais concorrentes e o próprio mercado, ensejando assim prejuízos aos fins sociais da ordem econômica e ao desenvolvimento econômico nacional.

José Cretella Júnior certeiramente o define:

> Abuso de poder econômico é, assim, toda ação ou manobra do empresário ou de seu representante legal que, dominando o mercado e a concorrência, tenha por objetivo a obtenção de lucros excessivos, causando dano a outras pessoas, físicas ou jurídicas, e ao Estado. [867]

Por sua vez, Pontes de Miranda[868] aduz que: "[...] é suscetível de repressão todo exercício irregular, todo abuso, da propriedade, uma vez que seja nocivo aos outros habitantes do país, à coletividade e ao Estado".

Conclusivamente, impende apresentar as orientações do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que, em sua Cartilha, assevera ocorrer o abuso do poder econômico[869]:

> toda a vez que uma empresa se aproveita de sua condição de superioridade econômica para prejudicar a concorrência, inibir o funcionamento do mercado ou ainda, aumentar arbitrariamente seus lucros. Em outras palavras, [...] o agente abusivo faz mau uso ou uso ilegítimo do poder que detém no mercado. Este abuso não se dá a partir de práticas específicas, mas sim, quando o detentor de substancial parcela do mercado age em desconformidade com os seus fins, desvirtuando, ultrapassando as fronteiras da razoabilidade.

O abuso do poder econômico manifesta-se por três formas distintas, conforme o art. 173, § 4º, da Constituição Federal vigente, a saber: a) dominação de mercado; b) eliminação da concorrência; c) aumento arbitrário de lucros. Não obstante independentes entre si, essas

---

[866] BRUNA. *Op.cit.*, 2001, p. 177
[867] CRETELLA JÚNIOR. *Op. cit.*, 1996, p. 13.
[868] MIRANDA. *Op. cit.*, 1947, p. 28.
[869] OLIVERIA JUNIOR. *Op. cit.*, 2008, p. 170.

manifestações do abuso do poder econômico são intimamente correlacionadas, pois a ocorrência de uma dessas enseja praticamente o surgimento das outras.[870]

O abuso do poder econômico por dominação do mercado significa que o agente econômico impõe sua vontade e seus interesses ao mercado em que atua, o qual deve se submeter e atender aos seus interesses de agente dominante. Com efeito, Pontes de Miranda[871] ensina que dominar o mercado é "ficar em condições de poder impor preço de mão de obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas".

De outro lado, o abuso do poder econômico visando à eliminação da concorrência refere-se a toda ação ou série que, em vez de ser para obter, lealmente, o mercado, procura eliminar a concorrência dos demais competidores.[872]

Por fim, constitui abuso do poder econômico o aumento arbitrário de lucros, ou seja, o exercício abusivo do direito aos lucros da exploração da atividade econômica. Nesse caso, o agente econômico busca alterar a formação dos preços para obter resultados e vantagens desproporcionais ao investimento econômico efetivamente realizado. Tal atitude contraria o princípio reitor da formação dos preços no mercado, que na economia de mercado decorre da livre concorrência.

A respeito das manifestações do abuso do poder econômico, cabe transcrever o magistério de Miguel Reale, *in verbis*:

> Bem analisados esses três conceitos, eles englobam as notas caracterizadoras do abuso do poder econômico, a saber: a) *domínio dos mercados*, que se dá quando uma ou mais empresas, através de meios ardilosos, susta o advento de novas estruturas econômicas, ou bloqueia a expansão de outras já existentes, o que se liga, por outro lado, ao chamado *processo de concentração de poder (monopólios, oligopólios, trustes, cartéis*, etc.); b) a *eliminação da concorrência*, que não se reduz ao fato anterior, mas que com ele intimamente se correlaciona, visando pôr termo à economia de mercado, baseada na livre iniciativa e na livre fixação dos preços, em função da oferta e da procura, quer controlando aquela, quer recorrendo a acordos e convênios destinados a impor soluções artificiais ao sabor dos interesses de um grupo, inclusive retendo mercadorias ou adquirindo-as em excesso para provocar escassez ou alta, com a ruína dos concorrentes (*dumping*); c) o *aumento arbitrário dos lucros* é o outro aspecto do mesmo problema, quase que o assunto visto em razão de seu escopo essencial, que é a obtenção, por todos meios de resultados e vantagens desproporcionais ao valor do investimento efetivamente realizado. [873]

[870] TAVARES. *Op. cit*., 2006, p. 268.
[871] MIRANDA. *Op. cit*., 1947, p. 28.
[872] MIRANDA. *Op. cit*., 1947, p. 28.
[873] REALE. *Op. cit*., 1985, p. 523.

Manoel Abanto Vasquez sintetiza bem as condições para que uma prática econômica seja considerada uma conduta abusiva economicamente:

> [...] De maneira geral, se pode dizer que há abuso quando a empresa com posição dominante impõe condições a outras menos poderosas, sem que isso se veja justificado por razões mercantis. Este conceito é somente descritivo da conduta abusiva concreta, que mais adiante se analisa. Ela é sempre expressão de "poder econômico" e pode dirigir-se contra qualquer outra empresa, seja competidora direta ou não. Estas condutas só têm a finalidade anticompetitiva de querer deslocar do mercado a outra empresa (por ex., para que a empresa poderosa ou uma filial ou aliada sua ocupe o lugar no mercado) o de castigá-la por realizar condutas independentes (por ex., por não elevar os preços ou não se submeter a qualquer outra política empresarial da poderosa).[...] [874]

O Estado, por meio da tutela penal antitruste, busca prevenir e reprimir o exercício abusivo do direito de concorrer no mercado, que se configura pela concorrência realizada com o abuso do poder econômico para fins de se obter vantagens econômicas para além daquelas que adviriam de uma livre competição na Economia. O fundamento dessa intervenção penal antitruste legitima-se à medida que as práticas anticoncorrenciais ameaçam ou podem ameaçar o regular funcionamento do mercado e impossibilita a consecução dos objetivos sociais da ordem econômica nacional.

Na seara penal, a Lei nº 8.137/1990 incrimina o comportamento de abusar do poder econômico com o fim de dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar abusivamente os lucros, como determina o art. 173, §4º, da Constituição Federal.

Confira-se o teor dos dispositivos desse diploma legal que estatui a tutela penal antitruste no Direito brasileiro:

> LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990.
> Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.
> [...]
> CAPÍTULO II
> Dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo
> Art. 4° Constitui crime contra a ordem econômica:
> I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:
> a) ajuste ou acordo de empresas;
> b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
> c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
> d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;

[874] ABANTO VASQUEZ. *Op. cit*., 2003, p. 117/118.

> e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
> f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.
> II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
> a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
> b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
> c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.
> III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;
> IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;
> V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;
> VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;
> VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.
> Art. 5° Constitui crime da mesma natureza:
> I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;
> II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;
> III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;
> IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.
> Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.
> Art. 6° Constitui crime da mesma natureza:
> I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;
> II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;
> III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

A exposição de motivos da Lei nº 8.137/1990, em relação aos artigos da tutela penal antitruste acima transcritos, estatui que sua finalidade é coibir "a prática de crimes de abuso do poder econômico, que tanto têm sobressaltado a sociedade brasileira, com notório

agravamento nos últimos tempos[...]; cuidar de instituir legislação protetora da economia popular e da efetiva defesa do consumidor, esmagada pela crescente audácia na prática de tais fatos anti-sociais, de outro turno cerceadora da livre concorrência [...]".[875]

Não obstante, cabe salientar que a tutela penal antitruste não pune a aquisição do poder de mercado *per se*, mas tão somente o exercício abusivo do direito de concorrer que pode afetar nocivamente a livre concorrência e o funcionamento regular do mercado.

Nesse sentido, Gonçalo Oliveira Junior destaca que:

> A lei penal não reprime a aquisição de poder de mercado, posto que esta é uma realidade ínsita à economia de mercado capitalista. O que a norma previne e pune é o abuso do poder econômico, quer dizer, o desvio de função desse poder, que é justamente aquela conduta estratégica que visa o efeito de dominar o mercado ou restringir a livre concorrência.[876]

A Lei 8.137/1990, em seu art. 4º, I, dispõe que: "Constitui crime contra a ordem econômica: Abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência [...]"; em seguida são indicados os comportamentos pelos quais a abusividade do poder econômico pode lesar a livre concorrência. Adiante, o referido texto legal estabelece nos *caputs* de seus arts. 5º e 6º que os comportamentos delituosos previstos nesses dispositivos constituem crimes da mesma natureza daqueles delitos descritos no art. 4º, a saber: crimes contra a livre concorrência por meio do abuso do poder econômico.

Em face do diploma penal antitruste brasileiro, *abusar do poder econômico* alude à "idéia de mau uso do poder econômico, um desvirtuamento ou aplicação deformada, ardilosa, da faculdade de tomar certas atitudes, em detrimento de outrem".[877] Assim, para a dogmática jurídico-penal, o abuso do poder econômico corresponde à conduta do agente econômico que busca submeter à sua vontade os demais competidores do mercado e impor-lhes comportamentos econômicos que não adotariam caso houvesse a efetiva livre concorrência.[878]

---

875 OLIVEIRA; RODAS. *Op. cit*., 2004, p. 355.
876 OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 170/171.
877 PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 38.
878 OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 173. Frederico Oliveira (*op. cit*., 1996, p. 35) define o crime praticado por meio do abuso do poder econômico como: "todo ato praticado em razão do poder econômico do agente – pessoa física ou jurídica, nacional ou internacional – de forma a iludir ou coagir as pessoas a submeterem-se a preços, mercadorias, trabalho, condições de vida, que lhes sejam desfavoráveis e/ou degradantes, logo, prejudiciais, bem como todo ato praticado de forma a causar danos à política econômico-financeira do Estado, através de monopólios, sonegação fiscal ou manobras violentadoras do mercado de capitais, em todos os casos visando a obtenção de lucro extorsivo e/ou indevido". Veja-se uma abordagem panorâmica sobre os crimes do poder econômico na seguinte obra desse autor: OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Crimes do poder econômico**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1993, *passim*.

A respeito da conduta nuclear incriminada pela Lei nº 8.137/990 para proteger a livre concorrência, esta configura-se quando o agente, prevalecendo-se de sua posição privilegiada (dominante), utiliza seu poderio econômico de modo abusivo (imoderadamente) para dominar o mercado ou eliminar a concorrência, total ou parcialmente, dos demais concorrentes neste setor da Economia.

Para tanto, o agente econômico realiza as práticas anticompetitivas elencadas nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990, que são indicadoras da abusividade do emprego do poder econômico no mercado contra os demais concorrentes.

Infere-se que a conduta nuclear dos tipos penais dos crimes anticoncorrenciais é *abusar do poder econômico*, que se realiza através dos comportamentos descritos nos três artigos (arts. 4º, 5º e 6º) da Lei 8.137/1990, com vistas a dominar o mercado ou eliminar a concorrência.[879]

Nesse sentido, são oportunas as considerações de Gonçalo Oliveira Junior, *in verbis*:

> a principal conduta incriminada – ou seja, *abusar do poder econômico (tipo fundamental)* −, deve estar finalisticamente direcionada para o *aumento de poder no mercado* ou para a *aniquilação da concorrência*, de sorte que na dinâmica do desdobramento do processo executivo, a *formação de cartel, a prática de monopólio, de preço predatório, de venda casada* etc., representa, per si, estágio inexorável à obtenção de um daqueles anteditos resultados. [880]

Sobre a Lei nº 8.137/1990, Leonardo Sica destaca que:

> A ênfase da legislação é a repressão dos cartéis e práticas congêneres – tais como monopólios, *dumping*, venda casada etc. – comportamentos concertados, orquestrados e lesivos à livre iniciativa e/ou aos interesses dos consumidores. Tais comportamentos assumem caráter problemático – relevância penal – a partir do momento em que afetam o bem-estar de economia ou dos consumidores. [881]

Assim, a tutela penal antitruste busca prevenir e reprimir as formas pelas quais o abuso do poder econômico se manifesta para obter a dominação do mercado e a eliminação da concorrência.

---

879 OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 166.

880 OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 166/167.

881 SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as Leis n. 8.137/90 e 8.884/94. *In* VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. **Direito penal econômico: análise contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva - Série GV*law* - , 2009, p. 154/155.

Por fim, é preciso verificar-se a tese que pugna pela declaração de descriminação das condutas anticoncorrenciais em razão da revogação dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990 por força da edição da Lei nº 8.884/1994.

Parte da doutrina pátria entende que houve a revogação da Lei nº 8.137/1990 (arts. 4º, 5º e 6º) baseando-se no princípio de que lei posterior revoga lei anterior, encartado no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942).[882]

Nesse sentido e por todos, João Bosco Fonseca pronuncia-se nestes termos:

> A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, representa um retorno à configuração dos atos contrários à ordem econômica como crimes. Entendo que os artigos 4º, 5º e 6º dessa lei foram revogados pela Lei nº 8.884, de 1994. Esta lei regulou inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, qualificando como infrações contra a ordem econômica as mesmas condutas descritas pela lei anterior. [883]

Por outro lado, há quem entenda que houve *abolitio criminis* (art. 2º, *caput*, do Código Penal brasileiro) em relação aos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990, pois o seu caráter criminoso teria sido extinto em razão de a Lei nº 8.884/1994 ter deixado de considerar essas condutas como crimes.

Leonardo Sica assim se expressa:

> Em 1990, o legislador elevou tais fenômenos à condição de crime, mas, em 1994, a Lei n. 8.884 deixou de considerar crime as condutas repetidas da lei anterior. Assim, é absolutamente razoável concluir que ocorreu abolitio criminis em relação àquelas condutas reproduzidas em ambas.
> Ainda, embora nem fosse preciso, o princípio da intervenção mínima (caráter subsidiário do direito penal) reforça e legitima a conclusão pela descriminalização, uma vez que a convivência de uma lei penal com outra extrapenal e posterior, direcionadas para o mesmo contexto problemático e sancionando as mesmas condutas, indica a necessidade de exclusão da intervenção penal. [884] (Grifo no original)

Em sentido contrário aos entendimentos anteriores, Rodolfo Tigre Maia[885] defende que as condutas tratadas em ambas as leis supramencionadas não apresentam uma perfeita

---

[882] FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Ensaios reunidos**. Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 349.

[883] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 57.

[884] SICA. *Op. cit*., 2009, p. 163/165.

[885] MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 110. Miguel Reale Junior (Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, nº 28, p.116-129, out./dez. de 1999, p. 117) aduz que: "As Leis 8.137/90 e 8.884/94, ao tipificarem condutas

simetria, havendo distinção em relação à própria descrição da conduta reprovável, como também em relação aos aspectos da determinação da autoria e das sanções cominadas às infrações. Sendo assim, não haveria a revogação do texto legal penal.

Não obstante os sedutores argumentos pela revogação dos dispositivos legais da tutela penal antitruste da Lei nº 8.137/1990, deve-se reconhecer que não houve revogação do referido diploma legal porque o legislador infraconstitucional ao regulamentar o art. 173, §4º, da Constituição Federal, optou por efetivar a repressão ao abuso do poder econômico e a proteção da livre concorrência por meio de dupla tutela jurídica: administrativa e penal. Com efeito, nada obsta que o legislador escolha estatuir a tutela jurídica de determinado bem jurídico por meio de medidas legais que apresentam graus diferenciados de severidade e de natureza jurídica nas sanções cominadas às infrações contra esse interesse.

Rodolfo Tigre Maia também apresenta esse entendimento, confira-se:

> o § 4º do art. 173 da CF estatui que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Se a repressão a tais comportamentos far-se-á por meio de normas administrativas ou de normas penais, ou, ainda, pelas duas formas, caracteriza uma decisão política do legislador ordinário a quem cabe materializar a recomendação constitucional.[886]

Assim, no Direito brasileiro tanto há lei penal punindo o abuso do poder econômico para fins proteção da livre concorrência, como também lei extrapenal estabelecendo providências de natureza administrativa para tutelar as estruturas – liberdade de iniciativa e livre concorrência – do sistema de livre mercado estabelecido pela ordem constitucional nacional. Com efeito, a Lei nº 8.137/1990 tipifica penalmente o comportamento de abusar do poder econômico para dominar o mercado ou eliminar a concorrência, enquanto a Lei nº 8.884/1994 dispõe sobre as medidas administrativas para evitar as práticas anticoncorrenciais realizadas em detrimento do regular funcionamento do sistema econômico concorrencial imposto pela Constituição Federal vigente.[887]

Nesse sentido, cabe destacar a lição de Rui Stoco:

---

lesivas à ordem econômica e à livre concorrência, delineiam figuras que apresentam entre si marcantes identidades e marcantes diferenças".

[886] MAIA. *Op. cit*., 2008, p. 98.

[887] Nesse sentido: PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 34.

> Tanto a Lei 4.137/1962 como a Lei 8.884/94, sob comentário, têm natureza meramente administrativa.
> Regula esta última a repressão ao abuso do poder econômico sob esse único enfoque, enquanto outras leis, de natureza penal, impõem penas desta natureza, inclusive restritivas da liberdade.
> [...]
> Cabe não olvidar que *infração à ordem econômica* é muito diferente de *crime contra a ordem econômica*. Ademais, os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo estão previstos na Lei 8.137, de 27.12.1990. [888]

A Lei nº 8.137/1990 tem por finalidade a punição criminal do comportamento de *abusar do poder econômico* destinado à lesão da livre concorrência fundamentada no *jus puniendi* (poder-dever de punir) estatal, enquanto a Lei nº 8.884/1994 estabelece a tutela administrativa para coibir preventivamente todas as práticas anticoncorrenciais dos agentes econômicos, fundamentando-se, porém, na cautela e proteção *a priori* da ordem econômica nacional.[889]

A respeito da coexistência da tutela administrativo-penal da livre concorrência, cumpre salientar as observações de Gonçalo Oliveira Junior:

> [...] desde que preservada a autonomia de uma e de outra esfera – *penal e administrativa* – não há como deixar de reconhecer a validade e a necessidade da coexistência de ambas, haja vista o caráter de *complementaridade preventivo-repressiva*. [890]

João Marcello Araújo Jr.,[891] ao comentar o Anteprojeto de 1992/1994 para reforma da parte especial do Código Penal brasileiro, destaca que a repressão ao abuso do poder econômico não deve se exaurir nas medidas administrativas, pois o direito penal é de grande utilidade na prevenção e repressão aos crimes econômicos. Para o referido autor, a principal razão para a intervenção penal antitruste radica no caráter intimidatório da cominação penal, haja vista a baixa capacidade dissuasória das medidas punitivas administrativas. Não obstante, reconhece que a atuação administrativa é dotada de maior celeridade.

Leonardo Sica bem aponta essa função intimidatória e suplementar da Lei nº 8.137/1990 em relação à Lei nº 8.884/1994, nestes termos:

---

[888] STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 3, nº 11, p. 208-230, São Paulo: Editora RT, jul./set. de 1995, p. 219.
[889] MANCEBO, Pércio. A lei antitruste. **Boletim do IBCCrim** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), ano 3, nº 31, São Paulo: IBCCrim, julho de 1995, p. 1.
[890] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 121.
[891] ARAÚJO JUNIOR. *Op. cit*., 1995, p. 96/97.

> Numa perspectiva mais ampla e de política criminal, ratifica-se que a existência de certas normas penais cuja aplicabilidade pouco se verifica em termos de processos sentenciados, como os arts. 4º e 5º da Lei n. 8.137/90, tem função latente: permitir a implementação de mecanismos complementares de vigilância.
> Ora, mesmo sendo preterida em termos de direito material pela Lei n. 8.884/94, a Lei n. 8.137/90 existe para manter, por meio da criminalização daquelas condutas, um aparato mais forte, mas impactante de controle. Basta pensar que, talvez, a motivação maior para alguém fazer um acordo de leniência seja, justamente, a ameaça de pena e de processo penal. [892]

Em face de tais considerações, pode-se afirmar que a tutela antitruste no Direito brasileiro tem natureza híbrida,[893] pois busca prevenir e reprimir as práticas anticoncorrenciais por meio de medidas administrativas e também pela cominação de penas criminais para o exercício abusivo do poder econômico em detrimento da livre concorrência. Isso porque o art. 173, § 4º, da Constituição Federal não se configura como um mandamento exclusivamente ao direito penal, impondo-se, também, aos vários setores do Direito brasileiro.[894]

Sendo assim, deve-se reconhecer que a Lei nº 8.137/1990 não foi revogada pela Lei nº 8.884/1994, pois ambas se complementam de modo a suprir suas insuficiências na função de reprimir o abuso do poder econômico e proteger a livre concorrência no sistema econômico nacional.

---

892 SICA. *Op. cit*., 2009, p. 171.
893 SICA. *Op. cit*., 2009, p. 157.
894 Nesse sentido é o magistério de Miguel Reale (*op. cit*., 1985, p. 521) ao analisar o dispositivo congênere da Constituição Federal de 1969, o art. 160, V. Por sua vez, Eduardo Reale Ferrari (*op. cit*., 2005, p. 437) entende que a repressão ao abuso do poder econômico referida no art. 173, § 4º, da Constituição Federal também pode se realizar por várias vias jurídicas.

PARTE III

A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA NA TUTELA PENAL ANTITRUSTE

CAPÍTULO 6: **A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA E SEUS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PENAIS**

CAPÍTULO 7: **A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA E SUA FUNÇÃO DOGMÁTICA NA TUTELA PENAL ANTITRUSTE**

CAPÍTULO 6

A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA E SEUS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PENAIS

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares, 2. A teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel como base dogmática da teoria da adequação econômica da conduta na tutela penal antitruste, 2.1. A origem da teoria da adequação social, 2.2. Aspectos conceituais e fundamento da teoria da adequação social, 2.3. A função dogmática da teoria da adequação social, 3. A teoria da adequação econômica da conduta: aspectos conceituais e função dogmática, 4. Os fundamentos lógico-jurídicos da teoria da adequação econômica da conduta, 5. Os efeitos jurídico-penais do princípio da unicidade do Direito.

[...] é a adequação social um princípio imanente da formação jurídica.[895]

Hans Welzel

A adequação social é o "significado social" de um comportamento de não estar proibido; por isso, este comportamento tampouco pode constituir um injusto.[896]

Manoel Cancio Meliá

A adequação social é um critério reitor específico da valoração que se projeta sobre um acontecimento.[897]

Maria Ángeles Rueda Martín

6.1. Considerações preliminares

Em dado momento da história humana – a partir do fim da Idade Média e início do Renascimento – a noção de progresso passou a ser identificada com a de progresso econômico, social e do próprio ser humano. Para tanto, o ser humano passou a atribuir à ideia de Economia um sentido dinâmico, a partir do qual a atitude de empreender adquiriu o significado de agir na busca da produção e distribuição de bens e serviços em determinado mercado consumidor. Após a Segunda Guerra Mundial desenvolveu-se uma ordem econômica caracterizada pela internacionalização e financeirização das relações entre as nações até culminar com o atual estágio de globalização econômica, quando se verificam

[895] WELZEL. 2007, p. 52.
[896] CANCIO MELIÁ. 1998, p. 15/16.
[897] RUEDA MARTÍN. 2004, p. 536.

profundas mudanças nas relações políticas, econômicas e sociais em todo o mundo.[898] Essa nova realidade socioeconômica produziu alguns efeitos, a saber: a) acentuada mercantilização de todos os aspectos da vida humana; b) universalização da concorrência econômica; c) expansão e concentração do poder econômico em escala global.[899]

Günther Jakobs explicita precisamente o perfil econômico da sociedade contemporâneo, nestes termos:

> A sociedade atual é uma sociedade de exploração, o que não significa que seja também de exploração, mas principalmente. O sistema economia impõe-se, em caso de embate, com preponderância sobre todos os demais; colocar em risco a posição da economia é considerado um sacrilégio, algo comparável a provocar a ira dos deuses, e o poder econômico substitui o poder dos Estados: o que sucumbe não apenas é considerado incapaz em certos aspectos, mas marginalizado de forma geral. [900]

Gilberto Pinheiro Junior também identifica essa característica da sociedade atual, confira-se:

> No início do século XXI vivemos sob a égide das relações econômicas. Seja pela chamada economia globalizada, pela formação de grandes blocos econômicos, pelas intensas relações comerciais entre os blocos ou as nações, seja pela criação de tribunais internacionais reguladores das transações econômicas, pela falência dos regimes não capitalistas, etc. o mundo moderno se pauta pela economia. [901]

Diante disso, percebe-se que o contexto social atual é representado pela ideia da sociedade econômica, ou seja, sociedade em que os valores individuais se concentram no fator econômico e no trabalho, deixando-se de prestigiar os temas do cotidiano e do bem comum. Assim, pode-se afirmar que o poder econômico é o senhor que escraviza essa sociedade econômica. Por outro lado, a sociedade contemporânea caracteriza-se também como uma sociedade de consumo, pois se consome por consumir, não apenas para satisfazer uma necessidade individual premente.[902]

Nesse cenário socioeconômico, o Estado estimula e incentiva o exercício e a expansão do poder econômico com o objetivo de obter maior desenvolvimento econômico nacional.

---

898 OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 28/31.

899 FREITAS, Ricardo de Brito. Controle social e violência no mundo globalizado. *In* **Direito ao extremo.** BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Mauricio. (orgs.) Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 271.

900 JAKOBS, Günther. **La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente**. Cuadernos de conferencias y artículos nº 24, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 24.

901 PINHEIRO JÚNIOR. *Op. cit.*, 2003, p. 1.

902 BAGNOLI. *Op. cit.*, 2009, p. 242 e 257.

A respeito disso vale conferir as considerações de Guilherme Magalhães:

> Não sofre o poder econômico nenhuma limitação e a sua amplitude é estimulada pelo Estado, como incentivada a sua expansão, pois isto implica no desenvolvimento econômico do país. [903]

No mesmo sentido, José Inácio Franceschini assevera que:

> [...] o legítimo uso do poder econômico não sofre qualquer restrição, sendo certo que sua amplitude é até mesmo estimulada pelo Estado, uma vez que implica o desenvolvimento econômico do país. [904]

Em face dessa realidade socioeconômica, Günther Jakobs[905] destaca que o êxito econômico se decide no mercado, que se caracteriza por ser concorrencial e que reconhece como mais bem preparado o agente econômico que aproveita qualquer oportunidade para oferecer seus produtos de modo mais vantajoso, mesmo que seja necessária a violação de uma regra para obter uma vantagem de competitividade. Isso porque o lucro é buscado sempre, mesmo mediante a prática de algumas infrações às regras.

Impende salientar que o afã desenfreado pelo lucro tem levado ao embate entre aqueles agentes econômicos que detêm o poder econômico e aqueles outros que não o possuem em grau similar, muitas vezes resultando em prejuízos à consecução dos fins sociais da ordem econômica nacional (*rectius*: garantir a todos uma *existência digna* e a realização da *justiça social*).

A partir do final do século XX a expansão do poder econômico privado criou um "mundo econômico próprio", no qual a vida e a sociedade passaram a se desenvolver como em um grande mercado global. Para além disso, em muitas situações o poder econômico passou a suplantar o poder estatal, sendo necessária a sua limitação para impedir que o desejo pelo lucro destrua a vida em sociedade.[906]

Então, ocorre a necessidade de se estabelecer limites ao exercício do poder econômico,[907] uma vez que este não deve ser empregado contra o direito de concorrer no mercado e em detrimento de sua função de desenvolver a sociedade.

---

[903] MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. **O abuso de poder econômico: apuração e repressão**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975, p. 16.
[904] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 2004, p. 107.
[905] JAKOBS. *Op. cit*., 2000, p. 24.
[906] PINHEIRO JUNIOR. *Op. cit*., 2003, p. 31.
[907] PINHEIRO JUNIOR. *Op. cit*., 2003, p. 1.

O Estado utiliza o direito penal econômico para prevenir e reprimir o exercício desenfreado do poder econômico, no afã de obter lucro, considerando-o uma prática abusiva do poder de mercado, já que tais atos anticoncorrencias afetam gravemente o funcionamento do mercado.

A tutela penal antitruste objetiva garantir a observância aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência; para tanto, coíbe as práticas anticoncorrencias que afetam lesivamente o direito de concorrer no mercado.

Não obstante, a conquista de uma posição privilegiada no mercado em decorrência da eficiência econômica pode vir a ser confundida com a prática de abusar do poder econômico em razão das peculiaridades do tipo penal econômico – que emprega frequentemente em seu teor elementos normativos – e da fluidez das relações e matérias econômicas que tornam difícil e incerta a adequação típica dos comportamentos que devem ser considerados crimes econômicos.

Para além disso, há ainda hipóteses nas quais a lei antitruste extrapenal autoriza a realização de atos econômicos inicial e formalmente considerados prejudiciais à concorrência, quando se constata que sua realização pode trazer benefícios ao desenvolvimento da Economia nacional. Essas autorizações do direito antitruste brasileiro – inspiradas no instituto do direito antitruste norte-americano da *Regra da Razão* – exigem uma verificação de sua natureza jurídico-penal, já que há incerteza na jurisprudência criminal quanto aos seus efeitos na dogmática penal.

Em face desse contexto, faz-se necessário identificar a relevância jurídico-penal da conduta quando seu significado econômico indica uma ação em conformidade com os fins econômicos da ordem econômica nacional — ou seja, o uso regular do poder econômico — para se conquistar uma posição dominante no mercado, bem como apresentar a natureza jurídico-penal das práticas anticoncorrenciais autorizadas pela legislação antitruste extrapenal brasileira em face da tutela penal da livre concorrência.

Assim, pretende-se estabelecer os fundamentos de uma teoria da adequação econômica da conduta em face da tutela penal antitruste para servir de critério de interpretação dos elementos normativos do tipo penal econômico e da ilicitude penal econômica, baseando-se no significado econômico das práticas de uso e de abuso autorizado do poder econômico na esfera do direito econômico nacional.

Para tanto, a presente investigação adota como base teórico-dogmática os fundamentos da teoria da adequação social da conduta formulada por Hans Welzel, que na dogmática penal servem de critério de interpretação valorativa da conduta a partir de seu significado social com o objetivo de delimitar o conteúdo material do injusto penal.

Cabe esclarecer, desde já, que o presente estudo não se circunscreve na esfera do movimento denominado *Law and Economics* (ou AED – Análise Econômica do Direito), que é a corrente doutrinária que destaca a estreita relação que vincula o ordenamento jurídico em geral com a ciência econômica. Esse movimento tem como postulado fundamental a ideia de que a elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas devem ser realizadas mediante uma análise dos critérios e métodos da Economia. Isso quer dizer que a legislação dever ser analisada segundo a relação custo/benefício, ou seja, conforme sua eficiência/ineficiência na geração e distribuição de riqueza.

O objeto desta investigação é a análise da intervenção do direito penal em face da atividade econômica e, em especial, os fundamentos da tutela penal antitruste, para fins de estabelecer os contornos teóricos necessários à aplicação das premissas fundamentais da teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel aos crimes contra a concorrência, de modo a desenvolver uma teoria da adequação econômica da conduta no direito penal econômico.

Assim, este estudo não é uma análise econômica do direito penal, não constituindo, portanto, um enfoque da intervenção penal sob a perspectiva do movimento *Law and Economics*. É um estudo dogmático jurídico-penal em que se pretende identificar os efeitos jurídico-penais da conduta dos agentes econômicos - o exercício do poder econômico – em face da tutela penal antitruste, a partir de seu sentido na realidade econômica e segundo uma dimensão funcional e dinâmica dos bens jurídicos.[908]

[908] Não obstante, é forçoso reconhecer a proximidade da Análise Econômica do Direito com a interpretação da legislação antitruste. De fato, informa João Bosco Fonseca (*op. cit.*, 2007, p. 76) que até 1960 o movimento AED era quase sinônimo de interpretação econômica do direito antitruste.

6.2. A teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel como base dogmática da teoria da adequação econômica da conduta na tutela penal antitruste

Toda a construção dogmática penal, antes do surgimento do sistema criminal formulado por Hans Welzel, caracterizava-se por uma impermeabilidade a qualquer conteúdo de *socialidade,* como se depreende dos grandes sistemas criminais pré-welzelianos, a saber: o sistema criminal Liszt-Beling e o sistema criminal neokantiano.[909]

A formulação da teoria da adequação social da conduta por Hans Welzel, como categoria do sistema criminal, trouxe um conteúdo social à teoria jurídica do crime que até então se mostrava impermeável aos aspectos de *socialidade* e se desenvolvia com pretensões mais teóricas que operativas. É a partir da teoria da adequação social que se vislumbra pela primeira vez uma relação entre o sistema do fato punível, a realidade social e a hermenêutica normativa.[910]

Cabe conferir as considerações de Horacio Roldán Barbero a esse respeito, *in verbis*:

> Conclui-se, pois, que a teoria jurídica do delito se desenvolveu, até Welzel, em um campo virginal, impoluto e, justamente por isso, com pretensões mais teóricas que operativas.
> A adequação social welzeliana supôs, pelo contrário, uma mancha a esse edifício imaculado: implicou uma chamada ao aspecto social desde a própria teoria geral do delito. E, de maneira tácita, assim mesmo, um incentivo para a coonestação da doutrina da interpretação normativa e o elemento nuclear desta teoria, o tipo. Em suma: com Welzel se vislumbra pela primeira vez um encaixe, se bem que modesto, entre o sistema do fato punível, realidade social e hermenêutica normativa. [911]

Na dogmática penal é Hans Welzel[912] quem esboça a ideia de que a essência da sociedade é um mundo funcional no qual todos os bens jurídicos necessariamente se relacionam reciprocamente e possuem uma função viva que se exterioriza em sua existência como bens vitais da vida social de uma comunidade. Nesse contexto, a noção de adequação social constitui um conceito de ordem funcional e de ordenamento valioso para a formação do tipo penal.

Sob esse prisma os tipos penais têm a função de indicar os comportamentos socialmente inadequados a uma vida social ordenada, compreendendo-se como tais as formas

---

[909] ROLDÁN BARBERO, Horacio. **Adecuación social y teoria jurídica del delito: sobre el contenido y los límites de uma interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales.** Córdoba: Serviço de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1992, p. 13.
[910] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 15.
[911] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 15.
[912] WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 51.

de conduta que podem lesionar gravemente a ordem histórica da vida social.[913] Assim, são condutas típicas apenas as ações socialmente desaprovadas que ensejam um efetivo prejuízo aos bens jurídicos, enquanto esses bens se relacionam funcionalmente na vida social. Por outro lado, são consideradas ações socialmente adequadas toda as atividades realizadas em conformidade com a ordem histórica da vida social. Nesse caso, a conduta socialmente adequada não deve configurar um injusto típico, já que lhe falta a tipicidade ao considerar-se o significado social da ação praticada diante do ordenamento jurídico-penal.[914]

A partir dessa concepção a teoria da adequação social da conduta é considerada uma categoria da dogmática penal que permite a coordenação da teoria jurídica do crime com as razões que a precedem (a gênese do preceito normativo penal) e com os fins que pretende alcançar (a viabilização dos fins da norma penal). Desse modo, a teoria da adequação social busca racionalizar a aplicação da norma através da combinação de seu antecedente (as razões de sua gênese) e seu consequente (os fins do direito penal).[915]

Em razão dessas características, a doutrina normativista (funcionalista) entende que a teoria da adequação social da conduta é o ponto de partida da teoria da imputação objetiva, considerando-a como "trabalhos preparatórios" para a normativização do tipo objetivo.[916] Nesse sentido e por todos, Manuel Cancio Meliá[917] assim se pronuncia: "a adequação social de WELZEL antecipou boa parte do que atualmente volta a se discutir sob a denominação de imputação objetiva". Por sua vez, Mariana Sacher[918] menciona que Günther Jakobs[919] foi quem fez as primeiras alusões à conexão entre a teoria da adequação social e a teoria da imputação objetiva no direito penal.

Não obstante, Luis Gracia Martín[920] pontifica que entre a teoria da adequação social e a teoria da imputação objetiva há, na verdade, mais que um profundo abismo, aduzindo que a

---

913 WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introdución a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Airs: Editorial B de F, 2006, p. 84/85.

914 WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 48/50.

915 ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 17.

916 JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 58/59.

917 CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los orígenes de la teoria de la adecuación social**. Colección de Estudios nº 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 58.Vide também: CANCIO MELIÁ, Manuel Cancio. Teoria de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoria de la adecuación social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 55, p. 135/161, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, jul.-agosto de 2005.

918 SACHER, Mariana. Rasgos normativos en la teoria de la adecuación social de Welzel? *In* HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (Directores). **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenário del nacimiento de Hans Welzel**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 579.

919 JAKOBS. *Op. cit*., 2003, p. 58/59.

920 GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p. 79/82.

adequação social não é um critério de valoração normativa do tipo objetivo, como se pretende o critério da imputação objetiva, mas uma valoração que se projeta sobre a totalidade do objeto de sua valoração — a saber: a unidade final causal da ação —, não incidindo de modo analítico e sucessivamente a fragmentos desse objeto de valoração. Sobre a distinção entre ambas as teorias, Luis Gracia Martín, em síntese, destaca que: "O juízo de adequação social, portanto, só pode formular-se, do mesmo modo que o de inadequação social, a partir de uma valoração unitária e sintética da unidade final-causal da ação de que se trata, e não pode ficar reduzido de modo algum a um critério de valoração do tipo objetivo".

Cumpre mencionar Mariana Sacher,[921] que, com precisão, constata não haver paralelismo entre a teoria da adequação social e a doutrina da imputação objetiva, porque a mera referência de Hans Welzel às regras existentes na sociedade não se refere ao caráter normativo, baseado na ideia funcionalista dos fins do direito penal ou ao normativismo sistêmico radical de Günther Jakobs, já que Hans Welzel referia-se à concreta sociedade em sentido ontológico e não em sentido normativo como o faz o funcionalismo sistêmico. Em suma, destaca a referida autora, Hans Welzel apenas reconheceu os limites já existentes na própria sociedade para a regulação de condutas, sem, no entanto, pretender avaliar os fins do direito penal.

Uma questão bastante delicada a respeito da teoria da adequação social é a sua concomitância temporal com a cláusula penal do "comum sentimento do povo" (*gesundes Volksempfinden*), que constituiu um dos princípios mais característicos do direito penal, de caráter nacional-socialista, para fundamentar os delitos durante o período do Estado nazista. Não obstante, Horacio Roldán Barbero,[922] com precisão, ensina que a filosofia que inspirou ambas as teorias tinha muito pouco em comum, além da concomitância e da finalidade de superar o positivismo. A adequação social rege-se pela ideia de corrigir a tipicidade penal para excluir acontecimentos irrelevantes, enquanto o *gesundes Volksempfinden* buscava fundamentar o próprio fato punível em conformidade com uma base político-ideológica. Outra marcante distinção entre ambas radica na constatação que a cláusula do *gesundes Volksempfinden* era alheia a uma concepção social ou popular do Direito. Para essa regra penal nazista a classe política constituía a única instância competente para valorar os fatos e apenas ela poderia afirmar o que era comum ao povo e o que não era. Em sentido oposto, a teoria da adequação social é um instrumento de interpretação sociológica restritiva do tipo

[921] SACHER. *Op. cit*., 2004, p. 595/596.
[922] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 42/46.

penal à medida que busca identificar a relevância penal da ação a partir de seu significado na realidade social historicamente estabelecida e segundo uma dimensão funcional dos bens jurídicos.

Cabe salientar que a teoria da adequação social da conduta, desde sua formulação por Hans Welzel em 1939, é um tema que sempre tem recebido especial atenção da doutrina e desencadeado intensos debates.[923] Na atualidade tem apresentado um crescente interesse, como se percebe a partir da bibliografia jurídico-penal (na Alemanha, Espanha e Portugal) que busca delimitar seu conteúdo e limites na teoria jurídica do crime. Para além disso, verifica-se na jurisprudência alemã grande influência da teoria da adequação social, uma vez que tem sido frequentemente aplicada em decisões judiciais tanto pelos tribunais criminais como em julgados de direito civil e até mesmo pelo Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha.[924] De fato, a teoria da adequação social da conduta é um tema de grande relevância e atualidade no contexto da dogmática jurídica contemporânea,[925] sendo uma categoria significativa da teoria jurídica do crime. [926]

---

[923] Nesse sentido, Reinhart Maurach (**Derecho penal**. Parte general, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 277) assim se expressa: "[...] cabe destacar que a problemática da adequação social constitui um dos fenômenos mais discutidos dentro da moderna dogmática jurídico-penal [...]".

[924] HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**. Obras completas. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 9; ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 2006, p. 294.

[925] SACHER. *Op. cit*., 2004, p. 573; HIRSCH. *Op. cit*., 2004, p. 9; ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 294; RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles Rueda. La teoria de la adecuación social. *In* HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (Directores). **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenário del nacimiento de Hans Welzel**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 486.

[926] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 17. Mariana Sacher (*op. cit*., 2004, p. 579) informa que Hans Welzel desenvolveu seu sistema criminal sobre dois pilares, a saber: 1º) a intencionalidade, sobre a qual formulou a teoria final da ação; 2º) as relações sociais no sentido da adequação social. Todavia, constata-se que posteriormente o componente de *socialidade* foi deixado para ceder lugar a intencionalidade como elemento básico do sistema criminal welzeliano. A esse respeito, vale conferir as considerações de Manoel Cancio Meliá (*op. cit*., 1998, p. 52/53), que assim se pronuncia: "[...] o primeiro pilar de sua concepção (a convicção de que já o injusto-penal depende da modalidade da direção do comportamento) se sobrepôs ao segundo (o caráter de fenômeno social do injusto). Seu programa de criar uma 'teoria da ação desenvolvida' que devia ser 'a teoria do delito mesma', a 'ação significativa ético-socialmente', restou sem instrumentar seu conceito de ação pretendidamente ontológico; começou a absorver elementos normativos, de modo que aparentemente já não precisava de 'ampliação' alguma. Sem embargo, este programa existia, e ele confirma o 'desligamento da sociedade'. Foi só, em um momento, quando o ramo 'finalista' da árvore da dogmática de Welzel asfixiou a sua irmã normativa". Assim, para Manuel Cancio Meliá (*op. cit*., 1998, p. 70), a insistência no desenvolvimento da teoria final da ação por parte do finalismo — a partir de um prisma ontológico-subjetivo exclusivamente — fez cair em um esquecimento injustificado o outro pilar do sistema criminal de Hans Welzel e que pode finalizar-se em face da evolução atual da dogmática do tipo objetivo. Por outro lado, cabe assinalar que Luis Gracia Martín (*op. cit*., 2005, p. 80/81) não concorda com esse entendimento, sob o argumento de que a doutrina adepta do normativismo vê na teoria da adequação social a maior contribuição da teoria welzeliana, considerando-a ainda como o ponto de partida da teoria da imputação objetiva.

6.2.1 A origem da teoria da adequação social

A teoria da adequação social da conduta no direito penal foi formulada por Hans Welzel em seu famoso artigo intitulado *Studien zum System des Strafrecht*s,[927] publicado na revista alemã ZStW – *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 58, p. 491 a 566, em 1939,[928] no qual desenvolveu sua ideia central no sentido de que as ações realizadas em conformidade com a ordem histórica social devem ficar fora do conteúdo do injusto.[929]

A formulação da teoria da adequação social tem sua origem a partir de duas ordens de considerações fundamentais de Hans Welzel, a saber: as argumentações críticas formuladas em face da a) concepção "naturalista-causal" da ação e de sua b) teoria causal do bem jurídico.[930] Hans Welzel,[931] em sua crítica ao conceito causal da ação, indica que o causalismo partia de uma visão da realidade própria das ciências naturais, mostrando-se assim inadequada desde o principio para abranger o objeto do direito penal, uma vez que transformou os aspectos de todos os delitos em processos de causação. Em relação à teoria do bem jurídico, Hans Welzel[932] entendia equivocada a concepção no sentido de que o estado original do bem jurídico é a ausência de lesão e encontrar-se resguardado (intocável) de influências prejudiciais.

O ponto de partida para desenvolver a teoria da adequação social da conduta é evidente logo no início do famoso artigo *Studien zum System des Strafrecht*s, quando Hans Welzel[933] afirma que: "Nós não temos mais doutrina da ação". Isso porque, explica Hans Welzel, a concepção unitária da ação oriunda de Hegel e Binding foi progressivamente substituída por uma doutrina causal — que absorveu essencialmente o aspecto "objetivo" da ação — e pela concepção psicológica da culpabilidade, na qual foram inseridos os elementos subjetivos da ação, não mais se indagando sobre a unidade ou significado da ação após sua decomposição em elementos causais e psicológicos. Sob esse prisma a própria ação passou a ser identificada como um processo causal de produção do resultado sem qualquer conteúdo valorativo, e seu caráter subjetivo foi inserido no âmbito da culpabilidade. Portanto, para

---

927 Título em português: *Estudos sobre o sistema de direito penal*. Este famoso artigo de Hans Welzel foi traduzido para a língua espanhola como *Estudios sobre el sistema de derecho penal* e publicado no livro intitulado: WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 15/120.
928 HIRSCH. *Op. cit.*, 2004, p. 9; MELIÁ. *Op. cit*., 1998, p. 15.
929 WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 50.
930 MELIÁ. *Op. cit*., 1998, p. 16.
931 WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 15 e segs.
932 WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 47/49.
933 WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 15.

Hans Welzel esse já não é um conceito de ação para o direito penal, mas um ajuntamento de momentos e um abandono da doutrina da ação.[934]

A partir dessa crítica ao causalismo, Hans Welzel[935] passou a demonstrar que o direito penal não se interessa pela ação humana apenas como um processo causal — fato exterior perceptível sensorialmente —, mas pela ação humana dotada de significado social. Isso porque a realidade sobre a qual se baseia o Direito é a realidade da ação prática da vida social. A realidade jurídica é a realidade da vida social prática, que é infinitamente mais rica que no mundo do ser natural e dotada de estruturas que não podem se incorporar ao mundo dos conceitos naturalísticos, mas que são reais e têm significado decisivo para o Direito.

As bases para a concepção da ação no direito penal a partir do sentido social e não meramente causal-naturalista são bem explicitadas por Günther Jakobs que sintetiza o pensamento de Hans Welzel nestes termos:

> [...] Welzel escrevia que 'a realidade que serve de fundamento ao Direito' não é a das ciências naturais, senão pelo contrário, a "da vida social", é dizer, da vida ordenada *segundo um sentido*, e concretamente não só segundo um sentido individual, senão segundo um sentido social. Já que a ação é um 'fenômeno social', um 'fenômeno da existência em sociedade', e ao mesmo tempo uma 'expressão de sentido', é claro que esta última caracterização há de se entender como expressão de um *sentido social* e não meramente individual (se é que existe algum desta espécie). [936]

Nesse contexto a ação é compreendida como "aparição da vida (social)",[937] no sentido de que a ação é um fenômeno social, eticamente relevante e com significado. A ação é, portanto, um fenômeno com significado social, isto é, um comportamento realizado no marco da vida social.[938] Assim, o fato ou conduta do agente constitui um fenômeno socialmente relevante. A ação com caráter social é, na verdade, uma conduta segundo a compreensão da sociedade, em seu sentido social. Este conteúdo de *socialidade* — ou *espírito material* da sociedade — complementa a estrutura lógico-objetiva da ação no sistema finalista como um espírito social.[939]

---

[934] FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 59.

[935] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 20/25.

[936] JAKOBS, Günther. **El derecho penal como disciplina científica.** Pamplona: Editorial Thomson-Civitas, 2008, p. 74/75.

[937] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 21.

[938] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 50.

[939] JAKOBS. *Op.cit*., 2008, p. 81. Vale conferir este entendimento nas próprias palavras de Günther Jakobs, que assim se expressa: "As formas de conduta com caráter social não são outra coisa que a conduta segundo a compreensão da sociedade, em seu sentido social. Welzel se refere à variabilidade do sentido social, a sua

A valoração social da conduta, proposta pela teoria da adequação social, permite distinguir entre um fato socialmente significativo para fins de incriminação e um outro comportamento socialmente irrelevante para esses fins, que deve permanecer fora da esfera do direito penal. A ação relevante é um comportamento socialmente significativo, ou seja, com um sentido social próprio, dependendo a configuração do ilícito penal da relevância social da ação do agente em face do direito penal. Esta valoração corresponde ao juízo de adequação social — ou de inadequação social — que deve incidir sobre a conduta do agente.[940]

Por conseguinte, um fato se apresenta como suscetível de incriminação à medida que sua realização ultrapassa os limites da adequação social da atividade e provoca efetivo prejuízo aos bens jurídicos. Assim, apenas as ações que excedem os limites de sua adequação social se ajustam a um tipo penal e constituem tipificações de comportamentos ilícitos.[941]

A teoria da adequação social da conduta no direito penal também tem sua origem nas considerações críticas à teoria causal do bem jurídico, que complementam a crítica geral welzeliana ao sistema criminal causal-naturalista.

Maria Rueda Martín faz pertinentes observações sobre a origem da teoria da adequação social a partir da crítica welzeliana à concepção estática dos bens jurídicos:

> [...] Através da categoria da adequação Welzel analisou as relações do homem na sociedade desde uma determinada concepção do sistema dos bens jurídicos, na qual também vai ter capacidade a finalidade do atuar humano. Como conseqüência desta abordagem no tratamento da adequação social se aprecia a existência de dois âmbitos: um âmbito naturalístico e um âmbito normativo ou valorativo, pondo de manifesto que uma superestrutura normativa supõe a existência de uma infraesrutura natural. O ponto de partida deste trabalho de Welzel é uma crítica demolidora à concepção 'naturalista-causal' do bem jurídico que se baseava em uma visão estática do sistema dos bens jurídicos, e introduz neste sistema uma dinamicidade e uma funcionalidade cujo fim último é a realização de uma série de funções vitais para o desenvolvimento de uma sociedade, situando-se neste contexto o tratamento da adequação social. Welzel reprocha à teoria tradicional o não conceber os bens jurídicos em sua realidade social, senão em mundo afuncional, inanimado. Os bens jurídicos eram 'peças de museu' que cuidadosamente se conservam em vitrinas para preservá-los das influências prejudiciais. Pelo contrário, Welzel parte de uma concepção funcional e dinâmica dos bens jurídicos que vai ter repercussões para determinar o que é adequado socialmente. Welzel esboçou um esquema de interpretação social

---

natureza histórica, e complementa desta forma a estrutura lógico-objetiva da ação com o espírito 'material' da sociedade, que não é necessariamente um espírito 'objetivo', mas sim um espírito social".

940 FARIA. *Op.cit*., 2005, p. 64.

941 WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 65/66.

> através do qual analisou as relações do homem na sociedade desde uma determinada concepção do sistema dos bens jurídicos. [942]

Hans Welzel[943] criticou a concepção causalista de que os bens jurídicos devem ser compreendidos como peças de museu guardadas (intocáveis) em uma vitrina e como se destinadas à contemplação, sendo o ilícito todo ato que invade a esfera de segurança que o rodeia e o lesiona. Em sentido diverso, para Hans Welzel os bens jurídicos não devem ser como um valor isolado, ausentes da relação das forças sociais e imunes a qualquer agressão ou ataque. Na verdade os bens jurídicos integram-se na vida social, isto é, relacionam-se funcionalmente na vida social, provocando e sofrendo consequências em suas inter-relações durante a convivência social. De fato, diariamente os bens jurídicos são submetidos a atividades perigosas e lesões necessárias ao convívio social, pois a vida social se desenvolve à medida que os bens jurídicos se expõem a limitações e menoscabos, de tal modo que isso é vislumbrado como parte cotidiana da existência social.

Manuel Cancio Meliá sintetiza bem o pensamento de Hans Welzel a esse respeito:

> Sem que os bens jurídicos se exponham, é impossível que se desenvolva a vida social; só uma concepção da realidade como 'um mundo museal morto' pode partir de uma visão estática dos bens jurídicos. Na vida social habitual, todos estão permanentemente expostos a que se ponham em perigo e se lesionem seus bens jurídicos, sem que isso tenha relevância jurídico-penal alguma; isso é assim, segundo WELZEL, porque o 'mundo do Direito' é um 'mundo do sentido, do significado'; e é a adequação social o conceito no qual se reflete a inserção do Direito Penal na sociedade, que relaciona 'os elementos do tipo (...) ao (...) conjunto da sociedade'. [944]

De fato, há algumas ações realizadas plenamente nos limites normais da ordem sociojurídica que provocam resultados lesivos aos bens jurídicos. Isso resulta em um importante problema para o direito penal, a saber: um comportamento praticado segundo uma concepção reconhecida positivamente pela ordem jurídica e que concomitantemente concretiza um tipo penal. Em tais situações a teoria da adequação social tem aplicabilidade para excluir do âmbito do injusto penal essas ações socialmente adequadas (admitidas), haja vista não serem idôneas para fundamentar o injusto penal e a imposição da pena criminal.[945]

Com efeito, o direito penal não reprime toda sorte de consequência lesiva aos bens jurídicos, mas somente aquela que considera socialmente inadequada ao convívio social

---

[942] RUEDA MARTÍN. *Op.cit*., 2004, p. 492/493.
[943] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 48/50.
[944] CANCIO MELIÁ. *Op. cit*., 1998, p. 17/18.
[945] MAURACH. *Op. cit*., 1994, p. 277.

ordenado. A ação é socialmente inadequada quando a atividade, que naturalmente traz um menoscabo ao bem jurídico, ultrapassa os limites necessários à normal convivência em uma ordem social estabelecida historicamente, à medida que os bens jurídicos realizam sua função de bens vitais à vida social. Sendo assim, apenas devem ser consideradas penalmente típicas as ações que excedem a situação normal correspondente a uma ordem histórica de uma vida social comunitária.[946]

É nesse contexto que Hans Welzel formula e desenvolve a teoria da adequação social da conduta no direito penal ao indicar que a ideia de adequação social é imanente à formação jurídica dos tipos penais. Confira-se nas próprias palavras de Hans Welzel, *in verbis*:

> O inalcançável e preocupante da 'regulamentação do trânsito' — como também o cuidado requerido no 'trânsito' (ver p. 177 e ss.) ou dos 'costumes de trânsito' e semelhantes — está presente na realidade nisto, pois que ela é somente de modo primário um conceito padrão fático ou, pelo menos, a idéia se aproxima. Nela se expressa de forma clara o lado funcional da adequação social, quer dizer, a idéia de que a social existência comunitária é um mundo funcional, no qual todos os 'bens jurídicos' estão uns juntos aos outros necessariamente e desde o inicio em um intercâmbio recíproco de efeito e contra efeitos (quer dizer, no trânsito), é dizer, estão em função viva, na qual se exterioriza sua existência como bens vitais sociais. Mas a adequação social é mais, não é só um conceito de ordem funcional, senão também um conceito de ordenamento valioso: as formas que dominam a funcional vida social não são exercícios meramente fáticos, senão ordenamentos históricos, os quais se aperfeiçoam e desenvolvem dentro das relações das condições entre a objetiva existência de vida (por exemplo, o desenvolvimento técnico) e as atitudes valiosas, com as quais a comunidade responde valorando e ordenando sobre a correspondente existência do ser. Somente sob o agregado deste aspecto normativo e valorativo (como o 'adaptado' socialmente) é a adequação social um princípio imanente da formação jurídica e não só o caso de onde o direito expressamente o indica, como ocorre no conceito da 'regulamentação de trânsito' (§ 276, § 242 BGB) ou, de modo implícito, como no § 253 StGB, senão também para a totalidade da formação dos tipos penais. Aqui a adequação social traz a consciência que o direito positivado de modo jurídico ingressa de forma permanente em um mundo já constituído historicamente, a cujos ordenamentos afirma, modifica ou prossegue (em fatos historicamente conscientes), os quais não se podem esgotar nunca do todo e devem indicá-lo de forma permanente e referir-se a ele imediatamente (como exemplo, mediante o conceito da 'regulamentação do trânsito') ou que seus conceitos, pelo menos, recebam de forma mediata seu conteúdo de significado da relação com aquele (...). de uma citação dogmática de Schaffstein, ZStW, 57, p. 652, deduz que o holandês *H. B. Vos* (*Leerboeck van Nederlandsch Strafrecht*, 1936) colocou a "regulamentação do trânsito" no centro da doutrina da antijuridicidade: o direito penal somente proíbe o ato anormal, de modo que o ato veicular regular é constantemente jurídico, ainda quando se subsuma formalmente sob um tipo penal. Com isto surge à vista que o lado funcional da adequação social é pelo menos correto; mas

[946] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 25 e 65.

> isso deve restar infértil sem o agregado do momento do ordenamento histórico valioso.[947]

Verifica-se que a teoria da adequação social foi formulada como um antídoto para a desvitalização do bem jurídico promovida pelo causalismo e para demonstrar como, ante a aparência de um resultado injusto, a conduta se ajustava em um marco socialmente aprovado e, portanto, não deveria ser considerada penalmente típica.[948] Efetivamente, a realização de condutas socialmente adequadas mantém-se dentro dos limites normais da liberdade de atuação social, fazendo com que a adequação social determine sua exclusão da abrangência do tipo penal, o qual somente deve alcançar ações socialmente inadequadas.[949]

Assim, pode-se asseverar que a teoria da adequação social da conduta foi concebida por Hans Welzel para excluir do âmbito do direito penal as ações socialmente adequadas — isto é, com significado social penalmente irrelevante — em uma ordem social historicamente estabelecida, porque realizadas dentro dos limites da normalidade da liberdade de atuação social em face da atuação funcional dos bens jurídicos.[950] Isso porque a realidade sobre a qual incide o Direito é a realidade do mundo social, no qual a ação é fenômeno dotado de significado social com relevância ou irrelevância para o direito penal.

Em síntese, a teoria da adequação social da conduta surgiu a partir das críticas de Hans Welzel ao conceito de ação puramente causal no direito penal e à concepção do delito como

---

[947] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 51, Nota nº 39. É oportuno conferir a interpretação de Mariana Sacher (*op. cit*., 2004, p. 585) sobre essa nota de Hans Welzel, *in verbis*: "Os conceitos de comportamento 'adequado ao âmbito da relação' não deveriam ser concebidos como categorias estáticas do ser, senão em uma função vivente: seria necessário um contínuo intercâmbio de efeito e contraefeito sobre os bens da vida, de modo que algumas condutas deveriam ser adequadas socialmente em um intercâmbio dessa natureza. O mundo 'funcional' teria de ser interpretado aqui como conceito fático referido somente à função vivente dos bens, sobre os que se deve atuar ou reagir constantemente. Este seria o primeiro metanível da adequação social: considerar os bens em um constante intercâmbio e neste marco fixar a adequação fática de determinados comportamentos. O segundo metanível se alcança quando se considera o adequado socialmente não só como um exercício fático na atuação ou reação sobre os bens, senão como as regras sociais que dominam num mundo historicamente existente, quer dizer, em uma comunidade concreta. Quando Welzel se referia aqui ao aspecto 'normativo-de valor' e ao 'aceitável ou adequado socialmente', fez em definitivo alusão às regras sociais de uma sociedade determinada, como por exemplo em meios de transportes públicos, a respeito de trabalhos de esforço físico, às ameaças com males 'usuais'; o plantar determinadas espécies; oferecer presentes de ínfimo valor a um funcionário público; servir bebidas alcoólicas a terceiros. Isto fica reforçado mediante a expressão de Welzel na nota tratada aqui, de que 'o Direito estabelecido por lei se apresenta sempre em um mundo já formado historicamente, cujos ordenamentos fixa ou (em um ato histórico consciente) modifica e continua...' Assim, a adequação social fica, conforme esta concepção, em um metanível do ser e não da esfera conceitual, já que não parte de um metanível fora do real".

[948] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 31.

[949] WELZEL. *Op.cit*., 2006, p. 88.

[950] WELZEL. *Op.cit*., 2006, p. 88. Neste contexto o termo "functional" indica que os bens jurídicos exercem uma função na sociedade, qual seja, a de bens essenciais ao desenvolvimento da vida social. Assim, aqui o vocábulo "functional" não se refere às correntes dogmáticas penais pós-finalistas denominadas funcionalistas, propostas por Claus Roxin ou Günther Jakobs.

mera lesão causal e externa ao bem jurídico, bem como da superação da compreensão do tipo penal sem significado valorativo, isto é, que incluía o conteúdo subjetivo da ação do agente na esfera da culpabilidade.[951]

6.2.2 Aspectos conceituais e fundamento da teoria da adequação social

Sob o prisma conceitual, a teoria da adequação social pode ser definida como um critério de valoração social da ação para excluir do âmbito do injusto penal todos os comportamentos realizados dentro dos limites da normalidade de uma ordem social e histórica de uma comunidade. Em outros termos, Hans Welzel[952] pontifica que a teoria da adequação social é aquela que permite deixar fora do conceito de injusto penal todas as ações que se realizam de forma funcional dentro de uma ordem histórica da vida social de um povo. A teoria da adequação social tem por finalidade identificar o *significado social* de uma atividade que não é socialmente inadequado a uma comunidade e por isso não deve constituir um injusto penal.

Para Luis Gracia Martín[953] a teoria da adequação social é um juízo de ponderação de interesses relativo à funcionalidade dos bens jurídicos em determinados âmbitos da vida social, nos quais o bem jurídico aparece subordinado à realização de uma determinada atividade socialmente valorada em virtude de sua finalidade. Assim, o referido autor ensina que a partir dessa ponderação de interesses, "tem que ser valoradas como socialmente adequadas aquelas ações que estejam dirigidas ao fim da atividade socialmente valiosa, apesar de que a vontade de realização compreenda como de segura produção ou conte com a possível produção do menoscabo do bem jurídico implicado e subordinado ao exercício daquela atividade".[954]

A teoria da adequação social é um juízo normativo da ação, o qual atribui um papel determinante ao desvalor da ação, permitindo assim verificar a relevância penal do significado ético-social da atuação do agente em face do recorte da vida que o legislador quis abranger com a formulação do tipo penal.[955]

Hans Welzel formulou a teoria da adequação social como uma regra de equilíbrio entre a perspectiva funcional do mundo social em que se inserem os bens jurídicos (na qual

[951] FARIA. *Op. cit*., 2005, p. 36.
[952] WELZEL. *Op.cit*., 2007, p. 50.
[953] GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, 2005, p. 82/83.
[954] GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, 2005, p. 82/83.
[955] FARIA. *Op. cit*., 2005, p. 32.

provocam e sofrem consequências) e a perspectiva normativa, que se refere aos valores que a sociedade atribui aos fatos. A teoria da adequação social é uma regra de valoração, um princípio imanente à construção jurídica, uma vez que, a exemplo da norma jurídica, busca convergir as valorações sociais e éticas vigentes em uma sociedade, em dado momento histórico, e os comportamentos que essa comunidade tem de valorar juridicamente.[956]

Assim, o conceito de adequação social requer uma concepção da comunidade no sentido de que a conduta executada é necessária e correta ao interesse da vida social.[957] Todavia, a adequação social é um conceito dinâmico porque o ponto de equilíbrio mencionado está em constante mutação à medida que a sociedade (dimensão funcional) e os seus valores (dimensão valorativa) se alteram e reciprocamente se amoldam.[958]

O sentido valorativo atribuído à teoria da adequação social tem caráter normativo, não significando, todavia, a sobreposição da normatividade social à normatividade jurídica típica. É a partir dos sentidos sociais (normatividade social distinta do puro fato) que o Direito estrutura as suas normas, sendo a opção jurídica sinal de um conteúdo e de uma escolha social positivada. Assim, o sentido social atribuído ao fato por meio da teoria da adequação social é aquele que foi objeto de uma valoração e escolha sociojurídica, é o sentido social típico.[959]

Em síntese, a teoria da adequação social é um juízo de valoração de uma conduta socialmente valiosa para excluí-la do âmbito do injusto penal quando sua realização se encontra em completa conformidade com a ordem social historicamente estabelecida, mesmo que produza um menoscabo do bem jurídico envolvido em sua realização.[960]

A teoria da adequação social parte das premissas de que a ação é um fenômeno dotado de significado social, porque ocorrida na realidade sobre a qual o Direito estrutura suas normas jurídicas, e de que o direito penal somente incrimina comportamentos que apresentam um sentido social desvalorado — ações socialmente inadequadas — quando realizadas no marco de uma ordem ético-social normal historicamente estabelecida em uma determinada sociedade. Por outro lado, existem condutas que não apresentam *relevância social* para sua configuração como delitos porque *socialmente adequadas* ao se realizarem dentro dos limites normais da liberdade de atuação social.

---

[956] FARIA. *Op. cit*., 2005, p. 43.
[957] MAURACH. *Op. cit*., 1994, p. 278.
[958] FARIA. *Op. cit*., 2005, p. 43.
[959] FARIA. *Op. cit*., 2005, p. 45.
[960] GRACIA MARTÍN. *Op. cit*., 2005, p. 83.

Hans Welzel[961] destaca que o Direito não pode proibir a realização de toda ação que implique um perigo aos bens jurídicos como um injusto penal, porque senão se paralisaria a vida social. Com efeito, o direito penal somente deve proibir a realização de atos que extrapolam a normalidade funcional para uma convivência social ordenada.[962]

Isso porque, ensina Hans Welzel,[963] o Direito parte de uma situação normal, correspondente a uma ordem histórica de uma vida social comunitária, em que os bens jurídicos estão vivos e assim, ao mesmo tempo, em uma combinada função limitadora e de menoscabo recíproca ao se manifestarem funcionalmente – provocando e sofrendo consequências – no mundo social. Desse modo, apenas as ações que ultrapassam os limites de normalidade da liberdade de atuação social funcional devem ser abrangidas por um tipo penal e consideradas como tipificações de comportamentos ilícitos. Nesse sentido, Hans Welzel[964] é peremptório em seu magistério: "As ações apenas são típicas – seja um tipo de injusto ou uma causa de justificação –, quando elas ultrapassam a adequação social".

A adequação social é explicada pelo próprio Hans Welzel, nestes termos:

> A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito "normal" da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo seu conteúdo literal. [965]

Por outro lado, Hans Welzel[966] conceitua a ação socialmente adequada como "todas aquelas atividades nas quais a vida em comunidade se desenvolve segundo a ordem historicamente estabelecida".

Hans Hirsch apresenta bem a definição de ação socialmente adequada, a seguir:

> Por ações socialmente adequadas há de se entender aquelas atividades que se movem por completo no marco da ordem ético-social normal, historicamente gerada, da vida comunitária, é dizer, todas aquelas atividades que estão vinculadas de tal modo com nossa vida social que devem ser consideradas como completamente normais. Conforme a opinião original de Welzel, tais

[961] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 49.
[962] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 52.
[963] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 65.
[964] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 66.
[965] WELZEL. *Op.cit*., 2006, p. 88.
[966] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 50.

> ações nunca podiam cumprir tipos delitivos, ainda que possam subsumir-se sob o teor literal de um tipo. [967]

Com efeito, a essência da teoria da adequação social é que as condutas consideradas socialmente adequadas não constituem delitos, isto é, as ações que se realizam por completo no marco de uma ordem social histórica dentro dos limites de normalidade da liberdade de atuação social são socialmente adequadas e não constituem delitos, mesmo que se ajustem ao teor literal de um tipo penal.[968]

O fundamento da teoria da adequação social radica no princípio de que o tipo penal descreve as condutas socialmente inadequadas a uma vida social ordenada, ou seja, apresenta as formas de comportamentos que constituem uma grave infração da ordem social historicamente estabelecida, e por isso o tipo penal não pode descrever ou abranger ações socialmente adequadas a uma realidade social funcional.[969]

Noutros termos e no mesmo sentido, Maria Rueda Martín destaca que:

> [...] O fundamento da adequação social reside em que existem umas relações entre os bens jurídicos que supõem o desenvolvimento de uma função no marco da vida social. Com isso se põe também de manifesto que um sistema funcional dos bens jurídicos é significativo para o mundo do Direito que, em opinião de Welzel, é 'o mundo do sentido, do significado', e a adequação social é a que indica 'os elementos do tipo [...] ao conjunto da sociedade', e precisamente o instituto da adequação social se deve relacionar com dito sistema.[...][970]

Os tipos penais devem compreender ações finais valoradas como socialmente inadequadas ou consideradas contrárias às concepções ético-sociais dominantes em uma determinada sociedade em dado momento histórico. *A contrario sensu*, devem ser excluídas da abrangência do injusto penal aquelas condutas que se mantêm dentro da ordem ético-social histórica normal da comunidade, não obstante sua realização possa afetar os bens jurídicos – funcionalmente considerados – e se subsumir formalmente na descrição de um tipo penal.[971]

A teoria da adequação social é corretiva à formulação insuficiente dos tipos penais, ao passo que permite que as normas penais estejam em consonância com a evolução social, ainda que sem a intervenção do legislador.[972] Todavia, para evitar um eventual sentimento de

---

[967] HIRSCH. *Op. cit*., 2007, p. 10.
[968] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 66.
[969] ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 293; WELZEL. *Op. cit*. 2006, p. 84/85.
[970] RUEDA MARTÍN. *Op. cit*., 2004, p. 535.
[971] GRACIA MARTÍN. *Op. cit*., 2005, p. 76.
[972] MAURACH. *Op.cit.*, 1994, p. 280.

insegurança jurídica, a teoria da adequação social deve ter sua aplicação baseada no quadro de valores sociais consagrados pelos princípios constitucionais[973] inatos ao Estado de Direito democrático, já que estes refletem o socialmente valioso para uma determinada sociedade.

6.2.3 A função dogmática da teoria da adequação social

Hans Welzel formulou, originariamente, a ideia da adequação social como um princípio imanente de construção jurídica do tipo penal, sob o argumento de que as condutas descritas tipicamente não são conceitos meramente causais, mas "elementos de significado social, os quais recebem seu sentido através de sua relação com um suposto do sistema do ordenamento socialmente histórico".[974]

Os elementos típicos, considerados como conceitos de significado social, têm seu sentido aferido a partir de sua função na totalidade social por meio da noção de adequação social. Hans Welzel explica bem essas circunstâncias, *in verbis*:

> O mundo da existência social, que é o do direito, é um mundo pleno de significado e sentido. A partir dele podem-se inferir elementos livres de sentido e sem sentido, e isto se deve fazer para poder reconhecer a base sobre a qual repousam. Mas não se poderá nunca reconstruir um mundo com muito sentido partindo de elementos livres de sentido. Este foi o erro metodológico básico do qual padecia a doutrina do tipo legal através de sua conexão com o dogma causal. [975]

Hans Welzel, continuando sua explicação, ainda aduz:

> [Em um mundo pleno de sentido] os próprios 'elementos' têm sentido e significado, que recebem desde o sentido da totalidade à qual pertencem. A significativa ordem da totalidade é necessária, primordialmente, na consideração das 'partes'. [976]

Por fim, Hans Welzel[977] arremata sua explicação: "Esta é a função metódica da adequação social".

Como para Hans Welzel[978] o tipo penal é o injusto tipificado – que não se reduz a mera lesão causal ao bem jurídico –, verifica-se que a teoria da adequação social tem como

---

[973] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 193.
[974] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 68.
[975] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 68/69.
[976] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 69.
[977] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 69.

função metodológica analisar os elementos conceituais do tipo penal para excluir aqueles acontecimentos da vida social que materialmente não devem ser considerados típicos, de modo a garantir que o tipo seja efetivamente a tipificação de um injusto.

De um modo mais direto, pode-se afirmar que a teoria da adequação social tem como tarefa metodológica compatibilizar o cumprimento simultâneo de modelos positivos e negativos de conduta em face do direito penal.[979]

Nessa concepção original, a adequação social é um problema do tipo penal e, ao mesmo tempo, indica a imagem verdadeira da própria conduta lícita.[980]

Não obstante, Hans Welzel fez várias alterações a respeito da localização e efeitos da teoria da adequação social da conduta em face da teoria jurídica do crime. Segue-se um quadro da evolução dogmática da adequação social promovida pelo próprio Hans Welzel.[981]

1ª Fase: A teoria da adequação social no âmbito do tipo penal

A concepção primeira e original da teoria da adequação social corresponde ao esquema dogmático acima exposto. Nesta formulação, Hans Welzel tomou como ponto de partida a implicação do direito penal na realidade social e o transportou para a categoria dogmática da teoria da adequação social como elemento do tipo.[982] Constata-se essa concepção nas próprias palavras de Hans Welzel:[983] "[...] se apresenta a adequação social como um princípio imanente da construção do tipo penal [...]".

Manuel Cancio Meliá sintetiza bem o pensamento de Hans Welzel a respeito dessa primeira concepção da teoria da adequação social, *in verbis*:

> [...] os tipos jurídico-penais são, segundo WELZEL, "tipificações de comportamentos antijurídicos"; por isso, as ações socialmente adequadas, desde um princípio, não podem ser típicas; o significado das expressões contidas no tipo só pode averiguar-se em seu contexto social. A adequação, ao eliminar do teor literal dos tipos aqueles processos vitais que desde o ponto de vista material não devem subsumir-se sob eles, é a que faz possível que o tipo seja a tipificação do injusto merecedor de pena. Portanto, a referência à sociedade que WELZEL persegue e que a

[978] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 68.
[979] MAURACH. *Op.cit*., 1994, p. 278.
[980] FARIA. *Op. cit*., 2005, p. 69.
[981] As modificações do pensamento de Hans Welzel foram tão diversas, que Manuel Cancio Meliá (*op. cit*., 1998, p. 18/19) chega a afirmar que : "[...] não existe uma só teoria da adequação social; de fato, sequer se pode falar de uma única teoria de WELZEL da adequação social".
[982] CANCIO MELIÁ. *Op. cit*., 1998, p. 46.
[983] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 68.

> adequação social possibilita, se produz no marco da teoria do delito no nível do tipo.[984]

Nesta fase inicial, portanto, a teoria da adequação social tem a função dogmática de instrumento de correção do tipo penal, a partir do significado e sentido da conduta praticada na realidade social (que é a realidade própria do Direito). Assim, sua natureza jurídico-penal é de causa de exclusão da tipicidade.

2ª Fase: A teoria da adequação social no âmbito da ilicitude

Em uma segunda fase, contudo, Hans Welzel modificou sua concepção para considerar a adequação social como uma causa de justificação consuetudinária. Essa alteração de pensamento se manteve da 4ª até à 8ª edição de seu manual intitulado "*Das Deustche Strafrecht*" – *Direito penal alemão* –, como se verifica em suas próprias palavras:

> [...] já no desenvolvimento do conceito de adequação social (em z. 58, 516, 527) – e apesar da distinção do princípio entre ela e as causas de justificação (p. 529) –, incluí nela casos de autêntica justificação e a concebi depois (da 4ª à 8ª edição deste livro), em atenção ao tipo infortunado do § 240, inclusive como uma causa de justificação de direito consuetudinário. [985]

Como se infere da citação acima, a razão para a alteração da localização e função da teoria da adequação social da conduta foi a necessidade de interpretar o § 240 do StGB – Código Penal alemão dessa época.[986]

Vale trazer a lume as considerações de Hans Hirsch sobre as razões que levaram Hans Welzel a alterar sua concepção originária da adequação social:

> [...] as dificuldades na interpretação do § 240 StGB em sua nova redação o conduziram a sustentar que a assim chamada regra da antijuridicidade do segundo parágrafo devia considerar-se um elemento puro de antijuridicidade que não prejulgava a questão da tipicidade. Agora bem,

---

[984] CANCIO MELIÁ. *Op. cit*., 1998, p. 18.

[985] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 68/69. Impende informar que na tradução brasileira do manual de Hans Welzel – **Direito penal alemão.** Campinas: Editora Romana, 2003, p. 106/108 – não constam essas explicações do autor.

[986] O StGB (Código Penal alemão) dessa época, ao tipificar o delito de constrangimento ilegal, preconizava: "§ 240. Coações. (1) Quem coage a outro de modo antijurídico, por força ou ameaçando-o com um mal grave, a realizar, tolerar ou omitir uma ação, será castigado com penal privativa de liberdade de até três anos ou com pena de multa; em casos especialmente graves, com pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos. (2) O fato é antijurídico se a utilização da força ou a ameaça do mal para alcançar o fim perseguido deve considerar-se reprovável. (3) A tentativa é punível" (*In* HIRSCH. *Op. cit*., 2004, p. 11, nota do tradutor).

> posto que o § 240, parágrafo 2°, se considerava como hipótese de aplicação jurídico-positiva do pensamento da adequação social, não ficava distante a idéia de extrair da localização sistemática desta disposição as correspondentes conseqüências para a adequação em geral. Por esta razão, Welzel modificou seu ponto de vista original na segunda edição de seu escrito *Das neue Bild des Strafrechtssystems* no sentido de que a adequação social constitui em todos os casos um elemento da antijuridicidade que não afeta a tipicidade. Daqui foi derivada a posição, defendida desde a 4ª edição de seu Manual, segundo a qual a adequação social é uma causa de justificação de conduta típica, *causa de justificação consuetudinária* enraizada na ordem ético-social historicamente gerada da vida da comunidade.[...] [987]

Percebe-se que a incursão da teoria da adequação social no âmbito da ilicitude revela-se como incompatível com sua concepção original e com o conceito de tipo penal adotado pelo próprio Hans Welzel, pois nesta nova fase o tipo penal restou idêntico à concepção causal de tipo avalorado.[988]

Essa situação levou a Hans Welzel a modificar, mais uma vez, seu pensamento a respeito da localização da teoria da adequação social da conduta para fazê-la retornar à esfera da tipicidade penal.

3ª Fase: A teoria da adequação social como instrumento hermenêutico de interpretação do tipo penal

Em uma terceira fase, Hans Welzel inseriu novamente a adequação social na conduta no âmbito do tipo penal, uma vez que voltou a entender que quando uma conduta socialmente adequada está em conformidade com a ordem ético-social normal, historicamente estabelecida, não deve ser considerada, concomitante, penalmente típica.[989]

Nas últimas edições de seu manual, Hans Welzel assevera que:

---

987 HISRCH. *Op. cit*., 2007, p. 11.

988 A esse respeito Maria Ribeiro de Faria (*op. cit*., 2005, p. 74) aduz que: "O que daqui começa por resultar, desta mudança de posição, é o significativo empobrecimento do tipo legal de crime, que se transforma numa mera descrição de comportamentos, numa '*rein bergriffliches Gebilde*" – o retorno a Beling – investido de uma função indiciante da ilicitude do caso concreto (*ratio cognoscendi* da ilicitude), sendo expulsos todos os momentos de ilicitude material da sua consideração".

989 WELZEL. *Op. cit*., 2006, p. 84/85. Informação que consta na Nota de rodapé n° 11 da tradução para a língua espanhola, por José Cerezo Mir, da 4ª edição alemã da obra de Hans Welzel intitulada *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslche*, Götting, 1961, – *El nuevo sitema Del derecho penal. Una introdución a la doctrina de la ación finalista* -, mencionando a modificação sistemática da adequação social e sua colocação novamente na esfera do tipo penal que Hans Welzel introduziria a partir da 9ª edição de seu manual *Das Deustche Strafrecht.*

> A adequação social é um princípio geral de interpretação, cujo significado não se limita de nenhum modo só ao Direito Penal, senão que abarca o ordenamento jurídico geral. [990]

Nesta terceira fase da evolução dogmática a teoria da adequação social da conduta voltou a exercer a tarefa de interpretar o tipo penal para fins de excluir a tipicidade penal, embora apenas via interpretação literal do tipo penal. Isso significa que, apesar da volta ao âmbito do tipo penal, o *status* da adequação social agora é distinto daquele que representava em sua formulação original, ou seja, já não consta neste momento referência ao "valor ético-social" da ação em seu contexto. Hans Welzel não afirma que a adequação social seja a "interpretação do sentido" dos tipos penais, também já não defende que só com a adequação social se entra "no âmbito do tipo, [...] nas regiões do injusto tipificado".[991]

Nesse novo contexto, a teoria da adequação social é uma espécie de pauta para os tipos penais e representa o agir normal dentro dos limites da liberdade de atuação social,[992] configurando-se, agora, como "um princípio geral de interpretação".[993]

Nesta última formulação, Hans Welzel atribuiu à teoria da adequação social da conduta um caráter de princípio geral de interpretação, para fins de delimitar o efetivo âmbito da responsabilidade penal a ser abrangida pela incidência do tipo penal.

Nesse sentido, Claus Roxin[994] salienta, em sua famosa obra *Política criminal e sistema jurídico-penal*, que é necessária uma interpretação restritiva do tipo penal para manter íntegro apenas o campo de punibilidade indispensável à proteção do bem jurídico, e indica como instrumento hermenêutico para tanto a teoria da adequação social da conduta. Posteriormente, Claus Roxin,[995] em seu manual, reconhece que a adequação social é um princípio hermenêutico do tipo penal para interpretá-lo de modo a somente admitir o ajuste típico das condutas socialmente inadequadas; não obstante destaca que existem instrumentos hermenêuticos mais precisos para substituí-la.

---

990 WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 69.
991 CANCIO MELIÁ. *Op. cit*., 1998, p. 21.
992 WELZEL. *Op. cit*., 2006, p. 88.
993 WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 69.
994 ROXIN, Claus**. Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 47.
995 ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 295. Claus Roxin (*op. cit*., 2006, p. 293) informa ainda que a doutrina vislumbra de modo bastante diversificado a aplicação da teoria da adequação social na teoria jurídica do crime, pois há quem a reconheça como causa de exclusão da tipicidade; outros a têm como causa de justificação, e há também aqueles que a consideram como causa de exculpação, além do que muitos doutrinadores a rechaçam sob o argumento de imprecisão de seus critérios, ou de ser perigosa à segurança jurídica, ou ainda de ser supérflua em relação aos métodos de interpretação tradicionais.

Apesar de que a maioria da doutrina reconheça a teoria da adequação social como um princípio de interpretação restritiva do tipo penal, muitos penalistas de renome mundial, como Claus Roxin,[996] Hans Hirsch,[997] Hans-Heinrich Jescheck,[998] Francisco Muñoz Conde[999] e José Cerezo Mir,[1000] defendem sua substituição por critérios de interpretação mais precisos, indicando-se, quase sempre, o método teleológico de interpretação em seu lugar.

Em contrapartida, Horacio Roldán Barbero,[1001] com muito acerto, apresenta as razões favoráveis à manutenção da teoria da adequação social da conduta como um princípio hermenêutico autônomo de interpretação do tipo penal na teoria jurídica do crime. Cumpre trazer a lume , *ipsis litteris*, essas razões, que são as seguintes:

> a) as próprias limitações da linguagem legal fazem que, em ocasiões, a descrição jurídico-formal possa dissentir da norma social de que se originou; b) o devir histórico comporta que os preceitos legais possam ficar defasados, sem que sua alteração pelo órgão legislativo possa operar-se com a devida celeridade; c) a adequação seria uma fórmula extensível aos delitos de mera atividade, enquanto o teleologismo da imputação objetiva apenas os delitos de resultado; d) a adequação social satisfaz uma exigência ínsita ao Estado social e democrático de Direito, que é evitar as contradições entre as valorações jurídicas e as sociais; e) a sociologia criminal tem mostrado a disfuncionalidade da penalização massiva, ante a qual a adequação social, como critério redutor de outros métodos exegéticos, levaria a resultados satisfatórios. [1002]

As razões acima descritas justificam a autonomia sistemática da teoria da adequação social da conduta como instrumento hermenêutico na teoria jurídica da imputação penal. Com efeito, a adequação social constitui-se como um meio de adaptar o método sociológico de interpretação no âmbito da teoria jurídica do crime, não havendo obstáculo à sua autonomia

---

[996] ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 297.
[997] HIRSCH. *Op. cit*., 2007, p. 73.
[998] JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal.** Parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 228.
[999] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 255/256. Esses autores aduzem (op. cit., p.256), *in verbis*: "[...] deve rechaçar-se o critério da adequação social como causa de exclusão do tipo, ainda que mantenha toda sua vigência como critério de interpretação e crítica ao Direito penal vigente".
[1000] CEREZO MIR, José. **Derecho penal**. Parte general. Obras completas I. São Paulo: Editora RT/ Lima/Peru: ARA Editores, 2007, p. 478/479. Esse autor (*op. cit*., p. 478/479) assim se pronuncia: "O critério da adequação social como causa de exclusão da tipicidade da conduta é sumamente impreciso e afetaria, por isso, gravemente à segurança jurídica. Por outra parte, não me parece necessário, pois mediante uma interpretação teleológica restritiva ficariam excluídas dos tipos de injusto as condutas socialmente adequadas".
[1001] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 114/115.
[1002] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 114/115.

junto aos demais métodos hermenêuticos tradicionais no direito penal, mesmo em face do literal e do teleológico.[1003]

Ademais, impende, ainda, salientar que a teoria da adequação social da conduta, como instrumento hermenêutico de interpretação restritiva do tipo penal, mostra-se essencial no contexto contemporâneo da dogmática penal, que atribui importância fundamental ao aspecto social da conduta lesiva – isto é, a danosidade da lesão, compreendida como o grau de lesividade e inadequação do comportamento lesivo para a convivência social pacífica e ordenada – para fins de conferir um conteúdo material aos elementos estruturais do crime.[1004]

Nesse sentido, confira-se o preciso ensinamento de Maria Rueda Martín:

> A adequação social é um juízo mediante o qual se procede a uma valoração do comportamento e constitui na realidade um critério valorativo externo no âmbito da interpretação de sentido dos tipos. Este critério hermenêutico tem uma natureza extrassistemática, porque efetivamente se dá entrada através dele a valorações sociais de uma ação que giram em torno da utilidade social que, com caráter geral, tem um comportamento e que se plasma em uma ponderação de interesses. [1005]

Quanto ao entendimento de que o método teleológico deve preponderar na interpretação do tipo penal, cabe destacar que esse critério atua apenas no âmbito intranormativo, enquanto o critério da adequação social é de natureza extranormativa, permitindo, assim, atribuir-se um conteúdo sociológico ao processo de compreensão dos elementos do tipo penal.

Verifica-se, portanto, que a teoria da adequação social traz um conteúdo de *socialidade* à interpretação do tipo penal, que se origina e atua na realidade do mundo social, pondo desse modo o direito penal em contato com a vida para que nela o Direito realize os seus fins.[1006] Cabe salientar que a ideia de exegese da teoria da adequação social está em consonância com as recomendações de Aníbal Bruno[1007] em relação ao método penal a ser adotado, confira-se:

> O penalista entretanto, mais que qualquer outra categoria de jurista, deve prevenir-se contra o poder absorvente da lógica formal. A ciência do Direito Penal tem exigências particulares, segundo a natureza própria do fenômeno que a norma jurídica que lhe serve de objeto tem de disciplinar, e, se exige

[1003] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 114/115.
[1004] FARIA. *Op. cit*., 2005, p. 83.
[1005] RUEDA MARTÍN. *Op. cit*., 2004, p. 532.
[1006] BRUNO. *Op. cit*., 2003, p. 14/15.
[1007] BRUNO. *Op. cit*., 2003, p. 14.

> do penalista que construa seu sistema com o rigor técnico com que se elaboram os dos outros ramos do Direito, impõe-lhe não perder de vista a realidade jurídica do seu próprio domínio. Basta refletir em que a norma penal não tem por objeto simples negócios jurídicos, não apenas regular relações, impor entre vontades e interesses em competição o conveniente equilíbrio, mas combater um fenômeno complexo como o crime, que se lhe apresenta com todo o seu conteúdo humano e social. [1008]

Em face dessas considerações, pode-se afirmar que a teoria da adequação social é um critério hermenêutico autônomo, mesmo diante do critério teleológico, pois desempenha a função extranormativa de atribuir um conteúdo sociológico ao procedimento de interpretação do tipo penal, o qual efetivamente apenas deve abranger condutas socialmente inadequadas ao convívio social pacífico e ordenado.

A teoria da adequação social surge como um instrumento interpretativo para identificar o significado e o alcance dos elementos do tipo penal, sejam os de caráter descritivo – que, para Hans Welzel,[1009] "são infinitamente mais complexos e significativos" que meros conceitos causais –, sejam os elementos normativos do tipo, que exigem uma valoração jurídica e cultural para se aferir seu significado e alcance.

Conclusivamente, a teoria da adequação social configura-se como um método hermenêutico para a interpretação restritiva do tipo penal a partir do significado social da ação praticada para fins de determinar se a conduta se apresenta como tipicamente relevante.

[1008] BRUNO. *Op. cit*., 2003, p. 14.
[1009] WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 66.

6.3. A teoria da adequação econômica da conduta: aspectos conceituais e função dogmática

A atuação em uma economia de mercado se baseia nas premissas fundamentais da competição entre os agentes econômicos e da conquista de parcela de um determinado mercado de bens e serviços. Para tanto, o agente precisa possuir poder de mercado (ou no mercado), que radica na capacidade de decisão e de dominação econômica em relação aos demais competidores de um mercado. De fato, a essência do poder econômico reside na independência de tomada de decisões econômicas e na capacidade de influenciar o comportamento concorrencial dos outros competidores do mercado. É licito o exercício do poder econômico em conformidade com os objetivos da ordem econômica nacional, uma vez que a Constituição Federal brasileira (art. 173, § 4§) preconiza sua existência legitima à medida que somente considera reprovável o seu exercício abusivo. Por consequência, é pressuposto do sistema econômico concorrencial a ausência de manifestações abusivas do poder econômico que possam ameaçar ou lesionar o normal funcionamento do mercado.

Por outro lado, cabe salientar que o poder econômico é um fenômeno inerente à economia de mercado e que os agentes econômicos o detêm de modo desigual, isto é, alguns são mais fortes que outros. Assim, não é possível ignorar ou eliminar o poder econômico, cabendo somente disciplinar seu exercício para reprimir as práticas concorrenciais que ameacem ou possam ameaçar as estruturas do livre mercado (*verbi gratia*, a dominação de mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros).[1010]

Significa dizer que apenas há uma infração à ordem econômica – ou seja, uma conduta economicamente desvalorada ou inadequada – quando se exerce o poder econômico abusivamente, já que neste caso se manifesta um desvio do direito de concorrer no mercado de livre concorrência.

Desse modo, cumpre reconhecer que inexiste abusividade no exercício do poder econômico quando o agente econômico o exerce, ao competir com os demais concorrentes, obtendo lucro ou tirando vantagem de sua eficiência econômica para conquistar uma posição destacada no mercado. Apenas é abusivo o exercício do poder econômico quando põe em risco o direito de concorrer livremente no mercado, tornando-se, portanto, objeto da repressão penal.[1011]

[1010] PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 33.
[1011] PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 33/34.

Cumpre recordar que a tutela penal antitruste tem como objetivo fundamental prevenir a prática de atos anticoncorrenciais que possam afetar lesivamente as estruturas do sistema econômico de livre mercado, buscando assim, em última instância, preservar o bem-estar da comunidade.

Na seara penal, atribui-se ao tipo penal a função de indicar os comportamentos socialmente inadequados à convivência social pacífica e ordenada, sendo esses as ações socialmente desaprovadas que ensejam um efetivo prejuízo aos bens jurídicos enquanto esses se relacionam na vida social.

Assim, o tipo penal antitruste descreve o modelo de conduta concorrencialmente proibida, isto é, aquela conduta que por seu caráter anticoncorrencial pressupõe uma violação à ordem econômica estabelecida constitucionalmente, e sua formulação e interpretação devem partir, primeiramente, da concepção funcional do sistema de bens jurídico-penais e, em segundo, de que na economia de mercado se realizam atos econômicos/concorrenciais que podem implicar um risco ou lesão aos bens jurídicos econômicos (especificamente, limitação da concorrência). Nesse contexto, os bens jurídicos econômicos estão em recíproca concorrência e se correlacionam funcionalmente (provocando e sofrendo consequências), a ponto de ter-se de admitir a existência de lesões que são consideradas necessárias ao desenvolvimento da vida econômica nacional. Sendo assim, a afetação aos bens jurídicos econômicos é considerada normal quando se mantém dentro dos limites de perigo e lesão reconhecidos como essenciais ao regular funcionamento da ordem econômica, mediante o uso e consumo de bens jurídicos.[1012]

Cabe referir que a lei penal antitruste não tem por finalidade reprimir a posição dominante no mercado ou eventual ato restritivo da concorrência *per se*, senão quando há o exercício abusivo de tais atividades na atuação no mercado. Isso quer dizer que essa atuação concorrencial deve apresentar um caráter de abusividade e repercutir negativamente sobre a ordem econômica e a sociedade, sendo suas características marcantes o abuso da posição dominante, a restrição da concorrência e a nocividade aos fins socioeconômicos da ordem econômica constitucionalmente estabelecida.

A tutela penal antitruste não proíbe a realização de qualquer ação que implique uma restrição à concorrência como um injusto penal, porque senão se paralisaria o funcionamento do sistema econômico concorrencial. Apenas as ações anticoncorrenciais que ultrapassam os

[1012] Cf. WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 17/70; RUEDA MARTÍN. *Op. cit*., 2004, p. 491.

limites normais da liberdade de concorrer no mercado concorrencial devem ser abrangidas por um tipo penal antitruste e consideradas como tipificações de comportamentos concorrencialmente ilícitos.[1013] Com efeito, as práticas concorrenciais somente são penalmente reprováveis quando excedem os limites de sua adequação econômica à realidade econômica nacional.

As práticas restritivas da concorrência essenciais ao funcionamento do regular do mercado não são economicamente inadequadas ou desvaloradas economicamente, porque se inserem nos limites da normalidade da liberdade de atuação em um sistema de produção capitalista. Significa dizer que a anticompetitividade proveniente de uma atividade economicamente adequada não materializa um injusto penal econômico, ainda que a conduta anticoncorrencial se ajuste formalmente ao teor legal de um tipo penal antitruste. Isso porque a conduta economicamente adequada não concretiza o modelo de comportamento indicado no tipo penal antitruste.

Por conseguinte, a restrição da concorrência em razão da eficiência econômica de um agente econômico e práticas anticompetitivas que produzem benefícios socioeconômicos para a ordem econômica não são alcançadas pelo âmbito de proibição dos tipos penais antitruste, porque não trazem prejuízos efetivos aos bens jurídicos econômicos. Na verdade, essas ações são condutas economicamente adequadas ao normal funcionamento do mercado em um sistema econômico capitalista.

A adequação econômica da ação se verifica porque as condutas anticompetitivas – práticas restritivas da concorrência – decorrentes da eficiência econômica ou produtoras de benefícios econômicos resultam em concretização dos fins socioeconômicos da ordem econômica nacional, uma vez que o tipo penal antitruste não pretende abranger comportamentos que promovem o desenvolvimento econômico nacional, as quais se realizam necessariamente por meio de afetações do bem jurídico-econômico livre concorrência, nos limites normais do regular funcionamento do mercado.

A teoria da adequação econômica é um princípio para a formulação e interpretação dos elementos do injusto penal econômico (antitruste), porque sua função é identificar o "significado econômico" de uma conduta concorrencial que não é economicamente inadequada e que, por isso, não deve constituir um delito. Efetivamente, a teoria da adequação econômica da conduta é um juízo valorativo jus-econômico que determina a exclusão do

[1013] Cf. WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 49/65.

âmbito do injusto penal de todas aquelas ações que se realizam em conformidade com a liberdade de concorrer inata a uma ordem econômica de um sistema econômico capitalista adotado.[1014] A teoria da adequação econômica permite verificar a relevância ou irrelevância do significado econômico da ação concorrencial em face do recorte do exercício do poder econômico que o legislador pretende reprimir com o tipo penal antitruste.

A essência da teoria da adequação econômica radica na ideia de que as condutas consideradas economicamente adequadas – em razão de sua essencialidade ao funcionamento dos processos econômicos, por sua eficiência econômica ou geração de benefícios econômicos – não devem constituir delitos porque não proibidas em face de sua normalidade e imprescindibilidade na ordem econômica. Assim, as ações, que representam o exercício do poder econômico, realizadas por completo dentro dos limites da normalidade da liberdade de atuação concorrencial de um sistema econômico capitalista são economicamente adequadas e não constituem delitos, mesmo que se subsumam à descrição de um tipo penal antitruste.[1015]

A teoria da adequação econômica tem como premissa que o direito penal somente incrimina comportamentos que constituem exercício abusivo do poder econômico em razão de seu sentido economicamente desvalorado na ordem econômica estabelecida – isto é, comportamentos economicamente inadequados. Por outro lado, constata-se que há condutas, embora formalmente típicas, que não apresentam significado econômico para sua efetiva configuração como penalmente típica porque "economicamente adequadas", porquanto se realizam dentro dos limites normais da liberdade de concorrer em uma economia de mercado, além de concretizarem os objetivos socioeconômicos da ordem econômica.

A adequação econômica da conduta refere-se ao "significado econômico" de um comportamento que não se encontra proibido nos limites da normalidade do agir – com eficiência ou produzindo benefícios e desenvolvimento econômicos − no sistema econômico capitalista, não se constituindo como um injusto penal antitruste, que somente se concretiza quando a ação concorrencial ultrapassa os limites da adequação econômica.

Com efeito, a teoria da adequação econômica é um juízo de valoração jurídico-econômica sobre uma conduta para excluí-la do âmbito do tipo penal antitruste quando sua realização se encontra em conformidade com a liberdade concorrencial própria de um sistema econômico de mercado capitalista em razão do seu caráter economicamente adequado, ainda

[1014] Cf. WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 50.
[1015] Cf. WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 66.

que seu exercício provoque um menoscabo do bem jurídico econômico (livre concorrência) implicado e subordinado à sua efetivação.

As ações que se ajustam aos fins socioeconômicos (de propiciar a todos uma existência digna segundo os ditames da justiça social e o desenvolvimento econômico nacional) da ordem econômica não devem configurar um delito em razão de sua essencialidade para o bem-estar e desenvolvimento social do país, mesmo quando correspondem a uma determinada afetação dos bens jurídicos econômicos envolvidos em sua realização. Desta feita, a ação animada por um objetivo valorado e adequado à uma valoração considerada economicamente positiva pela economia nacional não se insere no âmbito do injusto penal econômico, apesar do menoscabo dos bens jurídicos econômicos, que se manifestam funcionalmente na ordem econômica. É o significado e a função econômica da ação que a tornam economicamente adequada quando esses aspectos são considerados positivos e necessários ao desenvolvimento normal da vida econômica nacional. Nesses casos, constata-se na ação economicamente adequada uma coincidência de valores e fins que animam o agente econômico com os objetivos estabelecidos pela ordem econômica nacional.[1016]

O exercício da atividade produtiva de caráter capitalista exige determinadas afetações dos bens jurídicos econômicos que são necessárias à realização e ao desenvolvimento da economia de mercado e que são admitidas como normais em virtude de sua ponderação em face de interesses econômicos e sociais, fundamentada em sua essencialidade e na adequação aos fins da ordem econômica nacional. Assim, a realização da conduta que efetiva os objetivos econômicos valorados positivamente faz com que a ação seja excluída do âmbito do injusto penal econômico, ainda que produza uma lesão aos bens jurídicos (especificamente, a livre concorrência).

O juízo de adequação econômica se projeta sobre esses acontecimentos que afetam lesivamente os bens jurídicos, mas em virtude da ponderação (valoração) de interesses, que considera tais lesões normais (essenciais) à atividade econômica constata-se que esses comportamentos não apresentam um desvalor suficiente para inseri-los na esfera dos delitos econômicos. São, portanto, hipóteses de condutas economicamente adequadas.

[1016] Nesse sentido, sobre a adequação social da conduta: REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** Parte geral, vol. 1, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 152/153.

Nesse contexto, pode-se conceituar a ação economicamente adequada como toda aquela atividade econômica que se realiza segundo os fins econômicos de uma ordem econômica constitucionalmente estabelecida.[1017] Assim, é considerada ação economicamente adequada todo ato concorrencial realizado com eficiência econômica ou que produza benefício e/ou desenvolvimento econômico nacional em razão de sua conformidade com os objetivos da ordem econômica do sistema de Economia de mercado adotado pela Constituição Federal brasileira, que não configura um delito, ainda que provoque uma determinada restrição à concorrência.

A admissão de ações economicamente adequadas se fundamenta em um juízo de ponderação de interesses sobre a qual se estabelece a medida do tolerável. Assim, a determinação econômica da conduta é um procedimento valorativo no qual se realiza uma valoração sobre uma série de considerações a respeito da utilidade da conduta e em virtude da qual se tolera essa classe de comportamentos.[1018]

O critério de valoração para a ponderação de interesses com o objetivo de estabelecer o limite da conduta economicamente adequada e o da inadequada é o da relação custo/benefício em face da dimensão funcional dos bens jurídicos econômicos.[1019] A ponderação de interesses se refere a uma ação econômica perigosa ou lesiva a algum bem jurídico (p. ex., livre concorrência) em face do interesse geral da sociedade em relação ao adequado desenvolvimento econômico e industrial da nação, que de um modo geral admite a realização de atividades perigosas imanentes ao sistema econômico constitucionalmente consagrado. É com base nesse juízo de ponderação que se determina o limite até onde é possível o agente executar uma conduta economicamente lesiva sem que se concretize sua responsabilidade penal.[1020]

O critério de custo/benefício permite considerar uma conduta como economicamente adequada quando o significado e a função econômica da ação indicam que sua realização é positivamente valorada e necessária ao desenvolvimento da economia nacional, não obstante a afetação de bens jurídicos econômicos em meio a sua prática. Assim, sob o prisma desse critério de valoração, são economicamente adequadas as condutas concorrenciais realizadas

---

[1017] Cf. WELZEL. *Op. cit*., 2007, p. 50.
[1018] Cf. RUEDA MARTÍN. *Op. cit*., 2004, p. 489 e 551.
[1019] Maria Rueda Martín (*op. cit*., 2004, p. 551) indica esse critério da relação custo/benefício como critério de valoração para se estabelecer os limites do tolerável e do intolerável em face da teoria da adequação social da conduta. Por consequência, percebe-se que esse critério serve perfeitamente ao juízo de ponderação que se deve realizar para se identificar as ações economicamente adequadas em relação á tutela penal antitruste.
[1020] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Op. cit*., 2007, p. 290.

com a) eficiência econômica ou aquelas que b) beneficiam o progresso e o desenvolvimento econômico nacional.

A eficiência econômica é um aspecto essencial no contexto socioeconômico contemporâneo, porque o mercado exige para o sucesso econômico a capacidade do agente de conquistar e manter o domínio de determinado setor da Economia. Nesse cenário, a eficiência econômica é estimulada de modo a expandir o poder econômico, sendo este último considerado um fator imprescindível ao desenvolvimento nacional.

A eficiência econômica – decorrente, por exemplo, do crescimento da empresa, da qualidade ou superioridade tecnológica do produto ou de estratégias eficientes – impede a reprovação da conduta que restringe a concorrência em razão da licitude do exercício do poder econômico na conquista ou manutenção de um setor do mercado.[1021]

O aspecto da eficiência econômica apresenta o *status* de princípio no direito antitruste, tendo ainda a função de excludente de tipicidade, nos termos do art. 20, § 1º, da Lei nº 8.884/1994, quando a conquista de posição dominante no mercado resulta da eficiência econômica do agente.

As condutas restritivas da concorrência em razão da eficiência econômica exigem dos demais concorrentes uma atuação com maior eficiência, sob pena de serem suplantados na competição no mercado. Portanto, sendo o objetivo da lei antitruste reprimir o abuso de posição dominante, porque fonte de ineficiências, resta patente que não se devem punir as condutas que geram ganhos de eficiência ao exercício da atividade econômica, pois isso provocaria ineficiências tão significativas quanto aquelas que deseja combater e também produziria um resultado contrário ao interesse social.[1022]

Nesse sentido é a jurisprudência do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, confira-se:[1023]

[1021] Nesse sentido, Neide Terezinha Malard (*apud* SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador/BA: Editora JusPodium, 2008, p. 168) assevera que: "Seria um desserviço ao mercado, além de atentar contra o princípio da livre iniciativa, que pressupõe agentes econômicos livres, criativos e dispostos a correr riscos para maximizar os seus lucros. De igual modo, seria desarrazoada a punição de um empresa que adotasse técnicas de *marketing* em beneficio dos consumidores, obrigando suas concorrentes a aprimorar também seus esquemas de venda, porque colaboraria para a estagnação da concorrência, em detrimento do bem-estar do consumidor".

[1022] MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. *In* POSSAS, Mario Luiz. **Ensaios sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2002, p. 145/146.

[1023] SANTIAGO. Op. cit., 2008, p. 170.

> Em se tratando da análise da conduta específica, vemos que o balanço entre eficiências e custos para a concorrência é extremamente benéfico. Na verdade, a chamada política agressiva da Representada trata-se de uma atuação embasada em altos investimentos e ensejadora de eficiências econômicas para um mercado até então marcado por políticas arcaicas, protecionistas e paternalistas (...) há de se ressaltar aqui importante princípio que rege as condutas do CADE. A Lei visa à defesa da concorrência, e não dos concorrentes. Portanto, o mero fato de vários estabelecimentos estarem fechando, por si só, não indica uma conduta desleal. No caso, vale repetir, os dados não só indicam a presença da mesma, como mostram o contrário: conquista de mercado proveniente de maior eficiência do agente econômico e, por conseguinte, não caracterizadora de ilícito relativo a dominação de mercado. (CADE, Proc. Administrativo nº 08000.004490/97-11, voto da Conselheira Lucia Helena Salgado)
>
> Uma vez constatado o potencial de dano, configurado pela existência de poder de mercado da parte de quem praticou a conduta, e o efetivo impacto da restrição sobre parcela substancial do mercado alvo, cabe avaliar sua razoabilidade econômica, tendo em vista que eficiências produzidas pela restrição poderão superar os danos acarretados pela redução do concorrência, resultando em benefícios líquidos ao mercado e ao consumidor, hipótese que tornaria desnecessária a intervenção antitruste. (CADE, Averiguação preliminar nº 08012.000487/00-40, voto do Conselheiro Thompson Almeida de Andrade)

O entendimento jurisprudencial acima transcrito se baseia na Resolução nº 20/99 do CADE:

> A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor. [1024]

Efetivamente, a tutela antitruste se promove reprimindo as condutas que restringem abusivamente a livre concorrência e também pela correta interpretação do significado econômico da ação em face das normas antitruste, a qual deve indicar a licitude − adequação econômica − do comportamento do agente, quando realizado com eficiência econômica.[1025]

A realização de condutas restritivas da concorrência, decorrentes da eficiência econômica, não é punível porque se mantém dentro dos limites normais do agir econômico de uma ordem econômica de produção capitalista e também pelos efeitos positivos de eficiência que traz ao desenvolvimento da atividade econômica.

[1024] SANTIAGO. Op. cit., 2008, p. 170.
[1025] SANTIAGO. Op. cit., 2008, p. 170.

Os benefícios ou vantagens econômicas que uma conduta traz à economia nacional determinam a sua licitude em face do direito antitruste, mesmo que formalmente haja restrição à concorrência no mercado. Isso ocorre porque a livre concorrência tem uma função instrumental no sistema econômico nacional, ou seja, é um meio para se assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, e promover o desenvolvimento do país. Assim, será considerado lícito todo ato de concentração econômica – aquisições, fusões e junções econômicas de qualquer tipo – em que o benefício trazido ao mercado compense a restrição da concorrência. Para tanto, o CADE analisa a conduta econômica anticompetitiva buscando identificar se as vantagens econômicas (denominadas eficiências econômicas) são suficientes para compensar os efeitos nocivos da restrição à concorrência.[1026] Nesse caso, o CADE autoriza – julga lícita – a ação concorrencial que propicia o desenvolvimento nacional, como determina o comando normativo do art. 54, § 1º, da Lei antitruste nº 8.884/1994. Cumpre ainda mencionar que é uma característica universal do direito antitruste atribuir ao progresso econômico uma natureza de causa de exclusão de ilicitude.[1027]

Efetivamente, verifica-se que a conduta é considerada lícita em razão de sua essencialidade ao desenvolvimento econômico nacional e ao bem-estar do consumidor, apesar do prejuízo à concorrência.

O sentido econômico da conduta indica a licitude – ou ilicitude – em face da tutela antitruste, porque para a aplicação das normas de proteção da concorrência deve ser considerado tanto o aspecto jurídico quanto os fatores da realidade econômica para fins de se encontrar uma decisão economicamente justa, haja vista os efeitos econômicos e sociais que a decisão pode desencadear. [1028]

Verifica-se a adequação econômica da conduta quando seu significado e função indicam que sua realização é legítima a partir de uma análise de custo/benefício em face da ordem econômica nacional. Assim, a ação economicamente adequada ocorre quando a sua realização é considerada positivamente valiosa ao exercício e desenvolvimento da atividade econômica em um sistema de economia de mercado capitalista.

[1026] SANTIAGO. *Op. cit*., 2008, p. 170.
[1027] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 74.
[1028] Nesse sentido, Gesner Oliveira e João Rodas (*op. cit*., 2004, p. 329) fazem uma precisa constatação, nestes termos: "*Ad absurdum*, matéria concorrencial não poderá ser corretamente decidida se lançar suas raízes no substrato jurídico em sentido estrito, em absoluto desprezo aos contributos econômicos".

Com efeito, a Economia é uma realidade em que toda conduta é realizada sob o signo da competição e animada pelo interesse de conquista do mercado, em detrimento dos demais competidores. Desta feita, a proibição de todo comportamento que produza a restrição da concorrência conduziria a um absoluto engessamento da imprescindível liberdade de iniciativa e ação, inata a um sistema de produção capitalista. Sob esse prisma, constata-se que a ação economicamente adequada não constitui uma ação penalmente desvalorada, pois sua anticompetitividade decorre da realização de uma finalidade valorada economicamente pela economia nacional. É por isso que não se devem reprimir as ações economicamente adequadas – isto é, em conformidade com os objetivos socioeconômicos da ordem econômica –, ainda que resultem em afetações aos bens jurídicos econômicos envolvidos em sua realização.

A teoria da adequação econômica na tutela penal antitruste constitui uma análise valorativa da ação a partir da dimensão funcional e dinâmica do sistema de bens jurídicos, a qual permite concluir que nem toda afetação aos bens jurídicos econômicos deve ser considerada penalmente relevante para fins de punição.

Assim, a teoria da adequação econômica é um instrumento hermenêutico para a interpretação restritiva dos elementos estruturais do delito a partir do significado e da função da ação na realidade da vida econômica e no direito antitruste. A sua função metodológica consiste em analisar os elementos do injusto penal antitruste com o objetivo de excluir de sua abrangência aquelas ações que materialmente não são consideradas relevantes para o direito penal, estabelecendo dessa forma os limites da efetiva responsabilidade penal.

Desse modo, a teoria da adequação econômica indica o agir normal dentro dos limites da liberdade de atuação econômica e sua finalidade é delimitar o conteúdo material da responsabilidade penal antitruste.

A teoria da adequação econômica, como princípio geral de interpretação, é um meio de inserir as considerações a respeito do sentido econômico da ação no âmbito da tutela penal antitruste, sendo, por isso, essencial, pois o direito antitruste atribui relevância fundamental ao significado e função da conduta anticompetitiva para fins de determinar sua licitude ou ilicitude.

Em conclusão, a teoria da adequação econômica é um método de interpretação restritiva dos elementos do injusto penal antitruste que se baseia no sentido e função

econômica da ação para determinar a relevância ou irrelevância penal da conduta anticompetitiva.

Cumpre mencionar a existência de normas jurídicas na tutela antitruste que confirmam a legitimidade de uma interpretação das condutas anticompetitivas por meio da teoria da adequação econômica.

Os dispositivos dos art. 20, § 1º e art. 54 e seus parágrafos, da Lei antitruste nº 8.884/1994 estabelecem a interpretação das condutas que restringem a concorrência com base em sua eficiência econômica ou benefícios econômicos trazidos à Economia nacional e ao consumidor, para fins de determinar sua licitude ou ilicitude diante da tutela antitruste.

O comando dessas normas sobre como interpretar os preceitos legais antitruste em geral oferece um relevante marco para a interpretação dos elementos do injusto penal antitruste, a partir do significado econômico da conduta na realidade da vida econômica, com vistas a delimitar os limites materiais da responsabilidade penal nos crimes contra a concorrência.

Essas normas jurídicas antitruste constituem o substrato normativo e atribuem legitimidade dogmática à aplicação da teoria da adequação econômica da conduta em face da tutela penal antitruste.

6.4. Os fundamentos lógico-jurídicos da teoria da adequação econômica da conduta

A teoria da adequação econômica da conduta tem seu fundamento mais profundo nas ideias de ordenação e unicidade do Direito, as quais exigem seja o ordenamento jurídico compreendido como um todo unitário e isento de antinomias entre suas normas. De fato, o sistema jurídico não se constitui de forma caótica, mas organizado conforme um critério unificador (o fundamento da validade), enquanto suas normas não se manifestam isoladamente, mas em relação de modo a formar um conjunto coerente e harmônico.[1029]

Cumpre trazer a lume a noção de Direito formulada por Hans Kelsen, que fundamenta as considerações acima, *in verbis*:

> O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma 'ordem' é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida. [1030]

Assim, pode-se afirmar que o Direito é um conjunto de normas organizado sistemática e unitariamente com vistas a regrar a conduta humana, não constituindo, portanto, um conglomerado de normas e decisões singulares casual e historicamente acumuladas. É por isso que a noção de ordenamento jurídico exige sua compreensão como um fenômeno unitário.[1031]

A esse respeito, Simone Goyard-Fabre destaca que:

> A teoria constitucionalista, ao ordenar todas as regras de direito sob a Constituição do Estado num todo substancial, também ele articulado, como o *Código Civil*, segundo encadeamento de razões, e que é precisamente chamado de *ordem jurídica*, caracteriza-se necessariamente por sua homogeneidade e sua unidade lógica. Logo de saída, isso significa que nenhuma lei, e, de modo geral, nenhuma regra de direito, pode ser definida em si e para si, isto é, isoladamente: ela pertence à organização institucional do espaço estatal. [1032]

[1029] SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Editora Juspodium, 2007, p. 45/46.
[1030] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1992, p. 11.
[1031] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 199.
[1032] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. 115/116. A autora (*op. cit*., 2002, p. 113) menciona que o direito romano já apresentava um quadro

A unidade do Direito decorre da unicidade do ponto de partida do ordenamento jurídico, a saber: a norma fundamental, a qual exige que as normas sejam compatíveis consigo, o que confere um caráter de unidade ao sistema jurídico.

Nesse sentido, é oportuno conferir o magistério de Lourival Vilanova,[1033] que assim se expressa: "Não somente a unidade do sistema, mas a unicidade do ponto de partida caracterizam o sistema de Direito positivo".

Mais adiante, Lourival Vilanova arremata peremptoriamente nestes termos:

> A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema — a *Constituição positiva*, ou, em nível epistemológico, a *Constituição em sentido lógico-jurídico*, ou seja, a norma fundamental. A *unicidade* decorre da possibilidade também gnosiológica de se poder conceber todo o material jurídico dado com um só sistema. [1034]

Por sua vez, Norberto Bobbio[1035] ensina que a unidade do Direito pode ser explicada pela teoria da construção gradual do ordenamento jurídico, elaborada por Hans Kelsen. Segundo essa teoria kelseniana, as normas do ordenamento jurídico não estão todas no mesmo plano, mas insertas em vários planos de uma estrutura piramidal, em que as normas inferiores derivam das normas superiores e com as quais devem estar em compatibilidade. No vértice dessa estrutura piramidal está a normal fundamental (*grundnorm*), que não depende de nenhuma outra e sobre a qual repousa a unidade do sistema jurídico.[1036]

Sobre essa teoria de construção do sistema jurídico, Hans Kelsen assim preleciona:

> [...] A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de

---

universal do Direito à medida que todas as matérias estavam ligadas a princípios gerais, o que lhes conferia uma unidade essencial.

[1033] VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997, p. 165.

[1034] VILANOVA. *Op. cit*., 1997, p. 180.

[1035] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 199.

[1036] A respeito da norma fundamental como critério unificador do sistema jurídico, ensina o próprio Hans Kelsen (**Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995, p. 217): "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa".

> dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. [1037]

Norberto Bobbio também assim entende, confira-se:

> [...] Todo ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar a justo título de 'ordenamento'. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos ate agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade de fato de que, direta ou indiretamente, com percursos mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem remontar a uma única norma. [1038]

Assim, o princípio da unidade do Direito decorre da ideia de que no topo do sistema jurídico há uma norma fundamental da qual derivam todas as demais normas e com a qual devem ser compatíveis, resultando na formação de um conjunto de normas organizadas unitariamente. Efetivamente, percebe-se que a unicidade do Direito é produto de sua autodeterminação (sistema autocriador).[1039]

De outro lado, Claus-Wilhelm Canaris[1040] destaca que a dogmática jurídica também parte, em seus postulados, da existência da unicidade do Direito, pois a hermenêutica se rege pelo "cânon da unidade" ou da "globalidade", "segundo o qual o intérprete deve pressupor e entender o seu objeto como um todo em si significativo, de existência assegurada".[1041]

A seu modo, Claus-Wilhelm Canaris[1042] ensina que a ordem e unidade do Direito decorrem de suas fundamentais exigências ético-juridicas e radicam, em último grau, na própria ideia de Direito. Para Claus-Wilhelm Canaris,[1043] a exigência de "ordem" decorre do postulado da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença. A "unidade", por sua vez, decorre também do princípio da

---

[1037] KELSEN. *Op. cit.*, 1995, p. 247.
[1038] BOBBIO. *Op. cit.*, 2007, p. 199.
[1039] GOYARD-FABRE. *Op. cit*., 2002, p. 117, 121 e 137.
[1040] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 14/15.
[1041] CANARIS. *Op. cit*., 2002, p. 15.
[1042] CANARIS. *Op. cit*., 2002, p. 18.
[1043] CANARIS. *Op. cit*., 2002, p. 18/21.

igualdade, à medida que este procura assegurar a ausência de contradição na ordem jurídica, garantindo assim que a ordem do Direito não se disperse em multiplicidade de valores singulares e desconexos, mas que se deixe reconduzir a uns poucos critérios gerais.

De fato, o Direito é uno e indivisível. A sua divisão em "ramos jurídicos" é apenas uma sistematização, a organização, pela qual são agrupadas mentalmente as partes que compõem o todo unitário que é o Direito. Esses "ramos jurídicos" referem-se apenas a uma série de normas que apresentam algumas características em comum, sem que isso signifique uma ruptura da unicidade do Direito.[1044]

Carlos Sundfeld é preciso a esse respeito, *in verbis*:

> O direito não se divide. Não existem, no próprio direito positivo, um direito público e um privado, um direito civil e um administrativo. Os tais 'ramos do direito' nada mais são do que uma criação da ciência jurídica, isto é, um corte metodológico através do qual os cientistas acreditam poder visualizar de modo mais adequado o seu objeto de estudo. [1045]

Sendo assim, as categorias jurídicas (direito constitucional, direito penal, direito administrativo etc) não poderiam sequer existir, pois são apenas resultado de um trabalho de classificação científica, enquanto o Direito − no sentido de ordem jurídica positiva − é uno e indivisível.[1046]

O Direito, além de apresentar um caráter unitário, constitui-se como uma unidade sistemática, ou seja, uma totalidade ordenada ou, precisamente, um conjunto de normas entre as quais há uma certa ordem. Sob esse prisma, o termo ordem significa que as normas estão em relação com o todo (o Direito), mas também em relação de compatibilidade entre si.[1047]

Conforme o ensinamento de Claus-Wilhelm Canaris,[1048] a ideia de sistema refere-se a um conjunto de objetos organizados ordenada e unitariamente, sendo essa ordenação e unidade os fundamentos indispensáveis de um sistema. Por seu turno, Hans Kelsen[1049] ensina que o Direito é "um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema". Assim, partindo-se da concepção de sistema como uma ordem e unidade de uma pluralidade de elementos, a noção de sistema jurídico se faz necessária ao discurso científico

---

[1044] SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 134/135.
[1045] SUNDFELD. *Op. cit.*, 2000, p. 134.
[1046] SUNDFELD. *Op. cit.*, 2000, p. 136.
[1047] BOBBIO. Op. cit., 2007, p. 219.
[1048] CANARIS. *Op. cit.*, 2002, p. 10/13.
[1049] KELSEN. *Op. cit.*, 1992, p. 11.

referente ao Direito como uma imposição de racionalidade e coerência, além de estar relacionada à estabilidade almejada pela ideia de Direito.[1050]

A necessidade de coerência e harmonia no interior da ordem jurídica levou a Norberto Bobbio[1051] a destacar que o Direito é um sistema jurídico porque não admite a coexistência de normas incompatíveis. Nesse caso, o significado de sistema equivale a validade do princípio de exclusão da incompatibilidade das normas. Nessa concepção o sistema jurídico é um sistema dedutivo em sentido negativo, ou seja, é "uma ordem que exclui a incompatibilidade de suas partes singularmente consideradas".[1052] Assim, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade no sistema jurídico significa que a incompatibilidade entre duas normas resulta na exclusão de apenas uma norma ou, no máximo, de ambas, mas não no colapso de todo o sistema.[1053]

A ordem jurídica considerada como um sistema na acepção acima explicitada radica na ideia de que o Direito não admite antinomias (ou seja, a situação em que duas normas são incompatíveis entre si).[1054] Com efeito, a ordem jurídica é uma pluralidade de normas que se reduzem a uma unidade em razão de derivarem da mesma norma fundamental, e essa unicidade também se exprime na exigência de o sistema jurídico ser composto por proposições jurídicas que não se contradigam.[1055]

O Direito busca apreender suas normas como um todo e descrevê-las em proposições isentas de contradição, razão pela qual parte do pressuposto de que o conflito entre suas normas pode e deve ser resolvido pela via da interpretação,[1056] que tem entre seus objetivos a eliminação de antinomias.

A antinomia pode ser compreendida como aquela situação na qual duas normas se apresentam incompatíveis entre si, em que uma norma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento, em um dado sistema jurídico e âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal ou material).[1057]

Como o Direito se constitui como um sistema — caracterizado por uma ordem e unidade —, a existência de antinomias em seu interior configura um defeito que o intérprete

---

[1050] SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2009, p. 21 e 26.
[1051] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 227.
[1052] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 227.
[1053] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 227.
[1054] BOBBIO. Op. cit., 2007, p. 228.
[1055] KELSEN. *Op. cit*., 1995, p. 228.
[1056] KELSEN. *Op. cit*., 1995, p. 229.
[1057] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 233/234.

deve eliminar. Desta feita, a hermenêutica, em sua secular tarefa de exegese do Direito, elaborou algumas regras de interpretação para a solução das antinomias que são comumente aceitas, a saber: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério de especialidade.[1058]

Não obstante, há hipóteses de antinomias entre normas que esses critérios não resolvem — quando as normas são contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais. Nesses casos, Norberto Bobbio[1059] ensina que há um único critério válido para solucionar a antinomia: o critério segundo a forma (natureza mandamental) da norma, que pode ser *imperativa*, *proibitiva* ou *permissiva*. Para o referido autor, esse critério é, sem dúvida, aplicável porque é evidente que duas normas incompatíveis têm formas distintas, a saber: se uma norma é imperativa, a outra é proibitiva ou permissiva e assim por diante.

Vale conferir a explicação desse critério nas próprias palavras de Norberto Bobbio:

> O critério que diz respeito à forma consistiria em estabelecer uma classificação de prevalência entre as três formas da norma jurídica, por exemplo, do seguinte modo: se de duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva. Esse critério parece razoável e corresponde a um dos cânones interpretativos mais constantes seguidos pelos juristas, aquele de dar prevalência, em caso de ambigüidade ou de incerteza na interpretação de um texto, à interpretação *favorabilis* sobre aquela *odiosa*. Em linha geral, se se entende por *lex favorabilis* aquela que concede alguma liberdade (ou faculdade, ou direito subjetivo), e por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida de uma sanção), não resta dúvida de que uma *lex permissiva* é *favorabilis*, e uma *lex imperativa* é *odiosa*.[1060]

Esse critério resolve a antinomia por meio da determinação de qual norma prevalece sobre a outra, conforme um juízo de interpretação baseado na natureza mandamental das normas antinômicas.

Verifica-se que uma antinomia entre uma norma permissiva ou autorizativa (norma que amplia a esfera de liberdade individual) e uma outra proibitiva (norma que restringe a

---

[1058] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 237/238. Norberto Bobbio (*op. cit.*, 2007, p. 242) explica sintética e precisamente a aplicabilidade desses critérios na solução de antinomias, nestes termos: "O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diferente; o critério de especialidade serve no conflito entre uma norma geral e uma norma especial".

[1059] BOBBIO. *Op. cit.*, 2007, p. 243. O autor informa (*op. cit.*, 2007, p. 243) que esse critério é mencionado apenas pelos antigos tratadistas.

[1060] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 243/244.

liberdade de agir e ameaça com uma sanção) é solucionada pela prevalência da norma permissiva — *lex favorabilis* ou *lex libertatis* — sobre a norma proibitiva ou *lex odiosa*.[1061]

O fundamento dessa solução pode ser encontrado também no magistério de Lourival Vilanova,[1062] quando preleciona que as condutas cumprir/descumprir ou observar/inobservar são possibilidades mutuamente contraditórias e excludentes, e não podem se manifestar no mesmo momento, o que impede a punição do exercício do que é permitido.

Louvrival Vilanova destaca, com sua inerente precisão, que se o sistema jurídico pretendesse punir o que é permitido:

> perderia a sua função sociológica como técnica social de evitar condutas socialmente desvaliosas, sancionando-as na norma secundaria. Não canalizaria o processo social no caminho axiologicamente positivo, contraditoriamente punindo o exercício do direito e o cumprimento do dever. No final, seria estatuir o obrigatório e o permitido e, ao mesmo tempo, proibi-lo, ou indistinguir o juridicamente lícito e o juridicamente ilícito. [1063]

A solução da antinomia de normas permissivas/proibitivas no sentido de prevalência da *lex favorabilis* é uma decorrência da exigência de coerência interna do sistema jurídico (Direito), que não pode instituir o permitido ou autorizado e, contraditoriamente, ao mesmo tempo, pretender punir o seu exercício regular, pois impossível a aplicação dessas normas concomitantemente e por extinguir o limite entre o licito e o ilícito jurídicos.

Efetivamente, o Direito, sendo um sistema homogêneo e coerente de prescrições de condutas, exige que o intérprete suprima a contradição entre as suas normas jurídicas em razão da impossibilidade de aplicar normas incompatíveis a um mesmo caso concreto.[1064]

[1061] BOBBIO. *Op. cit*., 2007, p. 243/244.
[1062] VILANOVA. *Op. cit*., 1997, p. 133.
[1063] VILANOVA. *Op. cit*., 1997, p. 133.
[1064] VILANOVA. *Op. cit*., 1997, p. 133.

6.5. Os efeitos jurídico-penais do princípio da unicidade do Direito

Cabe ainda verificar essas considerações sobre a unicidade e a exigência de ausência de antinomias entre normas permissivas/proibitivas — na verdade, o confronto entre licitude e ilicitude — em sede da ordem jurídico-penal.

Inicialmente, cabe mencionar que a realização de uma conduta descrita em uma norma penal proibitiva/imperativa, em que pese contrariar a exigência da norma (antinormatividade), não pode de plano ser considerada ilícita, uma vez que é necessário cotejá-la em face do Direito como uma globalidade, porque este também se compõe de normas permissivas que poderiam autorizar a prática do comportamento realizado.[1065] Desse modo, a necessária ilicitude apenas se configura quando a conduta praticada está em contradição com todo o ordenamento jurídico, não somente em face da norma isoladamente considerada.[1066] De fato, entende-se que a "ilicitude exprime a idéia de contradição, de antagonismo, de oposição ao direito".[1067] Em outros termos, Francisco Muñoz Conde[1068] destaca que: "[...] a antijuridicidade é uma qualidade da ação comum a todos os ramos do Ordenamento Jurídico, o injusto (às vezes chamado ilícito) é uma ação antijurídica determinada [...]". Com efeito, a responsabilidade penal exige a constatação de que a conduta é contrária ao Direito globalmente considerado (injusta ou ilícita).[1069]

Edmundo Mezger, no início do século XX, assim já pontificava:

> O que é injusto em uma disciplina jurídica não o é necessariamente em outra, e vice-versa. Mas esta hipótese de uma antijuridicidade só penal contradiz a natureza mesma do Direito, como *ordenação unitária de vida*. O tipo jurídico-penal não é, portanto, uma espécie do injusto circunscrito à esfera especial do Direito punitivo, senão um injusto especialmente delimitado e com especiais circunstâncias jurídicas, que tanto fora como

---

[1065] A esse respeito é oportuna a lição de Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli (*op. cit*., 1997, p. 570), que asseveram: "[...] a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito [...]".

[1066] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 59/60.

[1067] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 161.

[1068] MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN. *Op. cit*., 2004, p. 300.

[1069] MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN. *Op. cit*., 2004, p. 299. Nesse sentido, Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli (*op. cit.*, 1997, p. 570) assim destacam: "O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.)".

> dentro do âmbito do Direito Penal representa uma contradição com o Direito.[1070]

Reinhart Maurach faz precisas considerações a esse respeito, *in verbis*:

> O ordenamento jurídico de um Estado é unitário, ainda que isso não se demonstre em todas as formas técnicas de aparição. A classificação tradicional das matérias jurídicas — direito político e administrativo, civil, processual, penal etc. — tem por objeto assegurar e impor a paz publica, mas não é de considerar a mesma ação como proibida por uma matéria e autorizada, ou mesmo imposta, por outra. Daí que o ilícito seja um conceito unitário; quando se fala de um ilícito civil ou administrativo não se expressa que a ação respectiva se apresente como um ilícito só à luz do direito civil ou administrativo, senão somente que dita ação não provoca consequências especificamente jurídico-penais, dado que esse ilícito não se tem incorporado dentro dos tipos penais. [1071]

Portanto, constata-se que a ilicitude penal não se restringe ao direito penal, mas se projeta sobre todo o conjunto normativo do Direito. Por isso que um ilícito penal é também um ilícito nos outros ramos jurídicos, já uma ação lícita na esfera extrapenal (civil, administrativa, tributária etc.) não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal, porque não contraria a Direito globalmente considerado.[1072]

Nesse sentido, é oportuna a seguinte lição de Francisco de Assis Toledo:

> [...] reputamos desvio dos princípios enunciados a pretensão de se condenar por delito de trânsito (lesão corporal provocada por acidente de veículos) quem já havia sido julgado e absolvido, pelo mesmo fato, no juízo civil, com sentença transitada em julgado, na qual se reconhecera a inexistência de culpa sequer levíssima. A inexistência, assim proclamada, do ilícito civil constitui obstáculo irremovível para o reconhecimento posterior do ilícito penal, pois o que é civilmente lícito, permitido, autorizado, não pode estar, ao mesmo tempo, proibido e punido na esfera penal, mais concentrada de exigências quanto à ilicitude. [1073]

Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli também apresentam uma situação semelhante, em que não há ilicitude penal em razão de uma norma permissiva não penal, confira-se:

> [...] o hoteleiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora de acudir a justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 do CP, mas que não é antijurídica porque está amparada por um preceito

---

[1070] MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1935, p. 307/308.
[1071] MAURACH. *Op. cit.*, 1994, p. 427.
[1072] TOLEDO. *Op. cit.*, 2000, p. 165.
[1073] TOLEDO. *Op. cit.*, 2000, p. 166.

> permissivo que não provém do direito penal, e sim do direito privado (art. 770, do Código Civil). [1074]

Há tempos a dogmática penal considera a ilicitude como uma característica geral do delito e necessária à atividade típica para fundamentar a responsabilidade penal do agente. Por outro lado, há muito também se reconhece que existem ações típicas que não apresentam a qualidade da ilicitude em razão de preceitos permissivos provenientes de normas jurídicas não penais, de modo que a estrutura do delito não se concretiza.[1075]

Alexander Graf Zu Dohna, à sua época, já ensinava que:

> [...] A antijuridicidade é, sem dúvida, uma característica positiva do delito. Mas não é do tipo de delito de onde pode deduzir-se o deslinde entre as atividades antijurídicas e as adequadas ao direito, senão da totalidade da ordem jurídica. As contranormas (*Gegennormen*) se encontram dispersas em todas as disciplinas jurídicas: as encontramos no direito civil, no processual, no político e no internacional.[1076]

Conforme esse entendimento, Alexander Graf Zu Dohna fundamenta a ausência de ilicitude e as causas de justificação com base nos seguintes princípios, a saber:

> 1. Uma ação juridicamente imposta, não pode, ao mesmo tempo, ser juridicamente proibida. Ou, em outros termos: o cumprimento de um dever jurídico nunca é contrario ao direito.
> 2. Uma ação juridicamente permitida não pode ser ao mesmo tempo proibida pelo direito. Ou, em outras palavras: o exercício de um direito nunca é antijurídico. [1077]

Esse entendimento também é seguido por Claus Roxin, que, ao responder à indagação sobre se as permissões/autorizações de uma conduta nas normas não penais excluem em todo o caso a ilicitude penal da ação, assim assevera:

> [...] há que responder afirmativamente. Seria uma contradição axiológica insuportável, e contradiria ademais a subsidiariedade do Direito Penal como recurso extremo da política social, que uma conduta autorizada em qualquer campo do Direito não obstante fora castigada penalmente. Nesse aspecto há que reconhecer por conseguinte a tão invocada "unidade do ordenamento jurídico, que abarca todas as normas vigentes no território federal com independência de órgão criador das normas", exatamente igual que o

[1074] ZAFFARONI; PIERANGELI. *Op. cit*., 1997, p. 570.
[1075] DOHNA, Alexander Graf Zu. **La estructura de la teoria del delito**. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1958, p. 43/44.
[1076] DOHNA. *Op. cit*., 1958, p. 43/44.
[1077] DOHNA. *Op. cit*., 1958, p. 46/47.

> princípio de que as causas de justificação relevantes em Direito Penal procedem de todo o âmbito do ordenamento jurídico. [1078]

No mesmo sentido, Hans-Heinrich Jescheck salienta que as normas permissivas do direito cível se aplicam diretamente ao direito penal para afastar o injusto penal por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico. Confira-se, *in verbis*:

> O ordenamento jurídico só reconhece *um conceito unitário da antijuridicidade*. Somente variam nos diferentes âmbitos jurídicos as consequências jurídicas da ação antijurídica (v.g., indenização de prejuízos no Direito civil, anulação de um ato dessa ordem no Direito administrativo, reparação no Direito internacional, e penas e medidas de segurança no Direito penal). Consequentemente, também as causas de justificação devem extrair-se da totalidade do ordenamento jurídico. Vige o princípio da unidade do ordenamento jurídico (RG 61, 242 [247]; e BGH 11, 241 [244]). Isto significa que, por exemplo, uma causa de justificação presente conforme ao Direito civil ou ao público é também de aplicação direta no Direito penal, e que as causas de justificação especificamente jurídico-penais (v.g., § 193) justificam também o fato em todas as restantes áreas jurídicas. Procede tomar em consideração, sem embargo, que as proposições permissivas podem se conectar com determinados tipos, de modo que não resulta admissível sem mais sua transferência a outros. [1079]

O princípio da unicidade do sistema jurídico consiste em um imperativo no sentido de que a determinação do ilícito (ou injusto) seja livre de contradições nos diversos ramos do Direito. Assim, as condutas permitidas/autorizadas pelas normas não-penais não podem constituir a base da responsabilidade penal, porque um comportamento ilícito deve ser determinado segundo uma compreensão global da ordem jurídica.[1080]

A partir da consideração do sistema jurídico como uma ordem unitária e coesa − em decorrência do princípio da unicidade do Direito − pode-se concluir que a licitude de uma conduta por determinação de normas permissivas não penais impede sua configuração como uma conduta penal ilícita em face de normas penais incriminadoras, uma vez que essa antinomia entre normas permissivas e proibitivas/imperativas é solucionada com prevalência da norma permissiva, a *lex favorabilis* ou *lex libertatis*, sobre a regra punitiva.

Impende salientar que os efeitos jurídico-penais da prevalência da *lex favorabilis* (norma permissiva não-penal) sobre a conduta permitida tanto pode ser de exclusão de tipicidade como de exclusão de ilicitude, uma vez que sua função dogmática depende da redação do tipo penal implicado.

[1078] ROXIN. *Op. cit.*, 2006, p. 570.
[1079] JESCHECK. *Op. cit.*, 1993, p. 293.
[1080] MAURACH. *Op.cit.*, 1994, p. 427.

Nesse sentido, é forçoso conferir o magistério de Reinhart Maurach:

> [...] Do princípio da unidade do ordenamento jurídico se segue que aquelas formas de conduta permitidas expressamente pela autoridade não podem ser antijurídicas no sentido do direito penal. Sem embargo, tais permissões não constituem sempre uma causa de justificação; com freqüência elas adquirem relevância ao nível do tipo, devido à redação dos respectivos tipos penais.[1081]

Eduardo Reale Ferrari[1082] menciona que a unicidade do Direito já foi reconhecida pelo STF – Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 81611/DF, quando julgou no sentido de que em relação aos crimes tributários a decisão definitiva no procedimento administrativo fiscal sobre a inexistência de débito tributário constitui uma condição objetiva de punibilidade, já que não se pode falar em delito fiscal sem que haja certeza sobre a existência de tributo devido.

De modo análogo, pode-se argumentar que no âmbito da tutela penal antitruste não se verifica o injusto penal antitruste quando há uma decisão do órgão estatal competente — o CADE — para julgar as condutas econômicas no sentido de que não houve o exercício abusivo do poder econômico.

Efetivamente, a teoria da adequação econômica da conduta tem nas considerações acima seu fundamento lógico-jurídico, pois o princípio da unicidade do Direito permite a aplicação de normas antitrustes permissivas e os pronunciamentos de seus órgãos estatais legalmente competentes diretamente na tutela penal antitruste, para fins de excluir condutas economicamente adequadas do âmbito do injusto penal antitruste.

Por fim, cabe destacar que, sendo o Direito um sistema jurídico unitário que não admite antinomia entre suas normas, não há como se atribuir juridicidade ao argumento, fácil e gasto, de autonomia das instâncias penal e cível (civil, antitruste, administrativa, tributária etc.) para negar efeito jurídico-penal às normas antitruste permissivas e aos pronunciamentos dos órgãos antitruste sobre o significado jus-econômico das condutas econômicas. Aceitar-se o argumento de autonomia das instâncias jurídicas de forma absoluta é negar vigência aos princípios da unidade e coerência, que perpassam toda a ideia de Direito, pois o que é permitido (licito) não pode ser ao mesmo tempo proibido (ilícito), sob pena de indistinguirem-se a licitude e a ilicitude em face da ordem jurídica.

[1081] MAURACH. *Op. cit*., 1994, p. 508.
[1082] FERRARI. *Op. cit*., 2005, p. 428.

CAPÍTULO 7

A TEORIA DA ADEQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONDUTA E SUA FUNÇÃO DOGMÁTICA NA TUTELA PENAL ANTITRUSTE

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares, 2. A teoria da adequação econômica da conduta e sua função jurídico-penal na tutela penal antitruste, 2.1. A teoria da adequação econômica no âmbito do tipo penal antitruste, 2.1.1. O tipo penal: aspectos conceituais, 2.1.2. Os elementos normativos do tipo penal, 2.1.3. O tipo penal econômico, 2.1.4. A teoria da adequação econômica como critério de interpretação dos tipos penais antitruste, 2.2. A teoria da adequação econômica da conduta em face da ilicitude penal econômica, 2.2.1. Ilicitude penal: aspectos conceituais, 2.2.2. A concepção material da ilicitude como exigência do injusto penal econômico, 2.2.3. As decisões do CADE como justificante penal, 2.2.4. A teoria da adequação econômica como justificante supralegal na tutela penal antitruste, 3. As decisões do CADE e seus efeitos jurídico-penais na tutela penal antitruste, 3.1. As decisões do CADE como fonte primária de interpretação do significado econômico dos atos econômicos: o uso e o abuso do poder econômico no direito antitruste brasileiro, 3.2. Os efeitos jurídico-penais das decisões do CADE.

Uma ação juridicamente permitida não pode ser ao mesmo tempo proibida pelo direito. Ou, em outras palavras: o exercício de um direito nunca é antijurídico.[1083]

Alexander Graf Zu Dohna

A adequação social é um princípio geral de interpretação, cujo significado não se limita de nenhum modo só ao Direito Penal, senão que abarca o ordenamento jurídico geral. [1084]

Hans Welzel

A adequação social é uma circunstância que exclui o injusto típico.[1085]

Horacio Roldán Barbero

7.1. Considerações preliminares

Até este momento a exposição da teoria da adequação econômica da conduta teve um caráter sistemático e generalista em que se buscou demonstrar sua base dogmática e seus fundamentos jurídicos. Agora, cumpre verificar especificamente a aplicação e função

[1083] DOHNA. 1958, p. 47.
[1084] WELZEL. 2002, p. 69.
[1085] ROLDÁN BARBERO. 1992, p. 119.

dogmática da teoria da adequação econômica da conduta em face das categorias da tipicidade e ilicitude na intervenção penal antitruste.

Também já foi demonstrado que a teoria da adequação econômica é um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal econômico para fins de identificar a relevância da conduta concorrencial praticada a partir de seu significado econômico e de uma dimensão funcional dos bens jurídico-penais em uma ordem econômica capitalista.

Assim, a teoria da adequação econômica apresenta-se como um critério de interpretação do tipo penal antitruste e de verificação da ilicitude penal material de uma conduta concorrencial realizada em conformidade com os fins socioeconômicos do sistema de mercado capitalista.

Neste estudo o âmbito delitivo que se apresenta como paradigma para o necessário recurso à teoria da adequação econômica é o dos crimes contra a livre concorrência, descritos pelos artigos 4º, 5º e 6º da Lei penal econômica nº 8.137/1990.

Ao final, faz-se mister demonstrar a natureza e os efeitos jurídico-penais das decisões do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica em face da tutela penal antitruste, uma vez que seus julgados constituem a fonte primária de interpretação e verificação da legitimidade ou ilegitimidade das condutas econômicas no direito antitruste brasileiro.

7.2. A teoria da adequação econômica da conduta e sua função jurídico-penal na tutela penal antitruste

A intervenção penal antitruste se materializa por meio da Lei penal nº 8.137/1990, que em seus artigos 4º, 5º e 6º 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 arbitrario de lucros.[1086]

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.*

A teoria da adequação econômica também se destina a identificar as ações restritivas à concorrência que se realizam dentro dos limites normais da atuação econômica do sistema de mercado capitalista adotado pela Constituição Federal brasileira, não obstante esses comportamentos formalmente cumpram o tipo penal antitruste.

A teoria da adequação econômica constitui ainda um instrumento hermenêutico de verificação da ilicitude material das condutas típicas anticoncorrenciais, quando indica uma justificante legal (ao determinar a aplicação de uma norma permissiva extrapenal) ou supralegal (naquelas hipóteses em que demonstra que a prática anticompetitiva se assemelha a uma causa de justificação legal).

Portanto, na tutela penal antitruste a função jurídico-penal da aplicação da teoria da adequação econômica da conduta pode ser tanto de excludente de tipicidade penal quanto de justificante penal, dependendo do significado econômico da conduta ou da hipótese legal do direito concorrencial.

[1086] Sobre a repressão penal ao abuso do poder econômico, veja-se: Capítulo 5, item 5.5, Parte II.

Significa dizer que os efeitos jurídico-penais da conduta economicamente adequada tanto podem ser de causa impeditiva de concretização do tipo penal antitruste como de causa de exclusão de ilicitude, dependendo da redação do tipo penal implicado ou das hipóteses previstas na norma permissiva extrapenal.[1087]

Mutatis mutandis, essa concepção da teoria da adequação econômica coincide com o entendimento de Ulrich Klug a respeito da natureza jurídica da teoria da adequação social no direito penal. Ulrich Klug entende que a adequação social desmembra-se como elemento negativo tanto do tipo quanto da ilicitude.

Horacio Roldán Barbero sintetiza bem o pensamento de Ulrich Klug, nestes termos:

> Para esse autor, a fórmula da adequação social deve desmembrar-se, já como elemento negativo do tipo, já como da antijuridicidade. A primeira demarcação corresponderia ao termo congruência social; a segunda, ao de adequação social propriamente dita. Aquela se daria quando a conduta foi pedida (*geboten*) ou mesmo meramente permitida por causa de sua irrelevância (*erlaubt*); esta, ao contrário, se produziria quando a ação foi também permitida mas não irrelevante. A congruência social – conclui Klug – é um princípio geral de exclusão da tipicidade; a adequação social, um princípio geral de justificação. [1088]

Nesse ponto a teoria da adequação econômica se afasta da teoria da adequação social da conduta em sua última concepção formulada por Hans Welzel, que a considera apenas como instrumento hermenêutico do tipo penal.

7.2.1 A teoria da adequação econômica no âmbito do tipo penal antitruste

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[1089] penal.[1090] Significa dizer que o legislador por meio do tipo seleciona no universo das

---

[1087] Cf. MAURACH. *Op.cit*., 1994, p. 508.

[1088] ROLDÁN BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 61.

[1089] Misabel Derzi (**Direito tributário, direito penal e tipo.** São Paulo: Editora RT, 2008, p. 35/38) aduz que o termo *tipo* decorre da forma latina *typus*, que adveio do vocábulo grego *tÚpoj*. Em sua origem a palavra *tÚpoj* tinha o sentido de impressão de uma forma, forma oca, relevo, impressão, cunhagem. Também significava estátua, esboço, aparência e forma. Portanto, *tÚpoj* apresenta dois sentidos próprios: a) de cópia ou molde determinante para a forma de objetos que dela derivam; b) de exemplo ou modelo, em acepção valorativa, significando protótipo ou arquétipo. No direito penal, Hans Welzel (op. cit., 2002) ensina que: "O tipo é uma figura conceitual que descreve mediante conceitos formas possíveis de conduta humana".

[1090] BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 51.

condutas, a princípio penalmente indiferentes, aquelas que são relevantes para o direito penal e que serão valoradas como jurídicas ou antijurídicas.[1091] De fato, já se disse que *o direito penal só trabalha com tipos e pensa em tipos*.[1092] 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.

Assim, apresentam-se, em síntese, os fundamentos da teoria do tipo penal e seus elementos para demonstrar como se aplica a teoria da adequação econômica da conduta em face do tipo penal econômico e do juízo da tipicidade penal antitruste.

7.2.1.1 O tipo penal: aspectos conceituais

A teoria do tipo penal é de formulação recente quando comparada a outros institutos jurídico-penais. Todavia, a noção de tipo é uma ideia desenvolvida ao longo da própria evolução histórica da teoria do delito,[1093] encontrando-se seus antecedentes no direito penal renascentista, notadamente na obra *Tratactus criminalis* (1591), de Tiberius Decianus, que o identificava com o exame da causa formal do delito.[1094]

Sobre o início da concepção de tipo penal, Günter Stratenwerth[1095] ensina que o conceito de "estado típico do fato" provém historicamente do instituto do *corpus delicti*, formulado primeiramente por Farinacius (1581). O *corpus delicti* inicialmente referia-se à

[1091] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 63.

[1092] SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Parte general. Barcelona: Editorial Bosch, 1956, p. 114.

[1093] Veja-se uma síntese da evolução histórica da teoria do delito que antecede a formulação da noção de tipo penal em: GÓMEZ URSO, Juan Facundo. **Tipicidad penal: origen, evolución histórica, características, funciones y elementos del tipo penal**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2005, p. 21/38. Na fase anterior ao tipo como categoria penal, Fábio André Guaragni (**As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 51/54) ensina que a dogmática tinha como fundamento a teoria da *imputatio*, que analisava a existência do crime e da responsabilidade criminal em duas etapas: a) *imputatio facti* (na qual se verificava o nexo causal físico e mental entre o agente e o resultado); b) *imputatio juris* (em que se cotejava o fato imputado ao agente em face do ordenamento jurídico para verificar a existência de previsão de uma pena para o caso concreto). Confira-se a evolução dogmática e conceitual do tipo penal em: JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **La tipicidad**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1955, p. 11/45. Para uma visão panorâmica da evolução dos sistemas criminais modernos, que se organizam a partir da noção de tipo penal, veja-se: TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências.** São Paulo: Editora RT, 1980, p. 11/16. Essa mesma obra em língua espanhola: TAVARES, Juarez E. X. **Teorías del delito: variaciones - tendencias**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983, p. 11/13.

[1094] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p. 133. Juarez Tavares (*op. cit*., 1980, p. 21) aduz que: "[...] a noção de tipo veio revolucionar inteiramente o Direito Penal, de tal modo que depois disso todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. Com efeito, foi com o conceito de tipo que se tornou possível a formulação do conceito analítico de delito".

[1095] STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal. Parte general: el hecho punível**. Tomo I. Madrid: EDERSA – Editorial de Derecho Reunidas S. A., 1982, p. 61.

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*.[1096]

A noção de tipo também já se encontrava em duas obras referenciais da dogmática penal alemã do século XIX, como se percebe no *Tratado de derecho penal* (tradução espanhola da edição de 1847), de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach,[1097] que já pontificava que o crime é uma lesão contida na lei penal ou uma ação contrária ao direito de outrem, cominada em uma lei penal; ou ainda, no *Tratado de direito penal alemão* (tradução brasileira) de Franz von Liszt,[1098] 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.

Entretanto, Ernst von Beling, em sua obra *Die Lehre von Verbrechen*[1099] (*Doutrina do delito*), publicada em 1906, foi o primeiro a atribuir um sentido mais restrito ao conceito de *Tatbestand*[1100] para convertê-lo em um elemento constitutivo da estrutura tripartite do delito: ação típica, antijuridicidade e culpabilidade.[1101] Assim, Ernst von Beling[1102] revisou profundamente a noção de *Tatbestand* para lhe atribuir o caráter de elemento inicial constitutivo do crime, e não mais significando o delito em sua totalidade.[1103]

[1096] Luiz Luisi (**O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: SAFE - Sergio Antonio Fabris Editor, 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 quem use também o termo *fatto*. Na França, usou-se a expressão *élements 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 tradução da expressão latina *corpus delicti*. Menciona-se ainda que o termo *Tatbestand* já se encontrava no parágrafo 133 da Ordenação Criminal prussiana.

[1097] FEUERBACH. *Op.cit*., 1989, p. 64. Luisi Luizi (*op. cit*., 1987, p. 14) aduz que o termo *Tatbestand,* como categoria do direito penal, aparece pela primeira vez na obra de P. J. Anselm Ritter von Feuerbach.

[1098] LISZT. *Op. cit*., 2003a, p. 209 e 236.

[1099] Enest von Beling (Prólogo do autor, *in* **Esquema de derecho penal**) informa que as bases metódicas de sua doutrina foram incluídas e tiveram maior desenvolvimento nas seguintes obras publicadas em 1930 e traduzidas para o idioma espanhol: **Esquema de derecho penal** (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944) e **La doctrina del delito-tipo** (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944).

[1100] José Cirilo de Vargas (**Do tipo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 22) ensina que o termo *Tatbestand* é composto do substantivo *Tat* (fato) e do verbo *bestehen*, significando *consistir em, compor-se de, ser constituído por*, podendo ser traduzido como: *em que consiste o fato* ou, no sentido do art. 59 do código penal alemão revogado: *aquilo em que consiste o delito*.

[1101] WELZEL. *Op. cit.*, 2002, p. 62; BRANDÃO. Op. cit., 2001, p. 52.

[1102] Ernst von Beling (*op. cit*., 1944, p. 49/51) informa que existiam vários significados jurídicos para o termo *Tatbestand*, sendo necessário atribuir-lhe exclusivamente o sentido de "*Tatbestand"* legal estrito (delito-tipo). Além do que a expressão delito-tipo não mais se identifica com a figura delitiva correspondente.

[1103] LUISI. *Op. cit*., 1987, p. 15.

A respeito disso, Claus Roxin[1104] aduz que: "Beling, ao denominar 'tipo' (*Tatbestand*, literalmente, 'estado de fato') ao conjunto desses elementos, obteve para a teoria do delito uma nova categoria, que podia ser introduzida entre os conceitos de 'ação' e de 'antijuridicidade' ".

Realmente, Ernst von Beling[1105] ensina que o direito penal é um "catálogo de tipos delitivos", sendo a tipicidade penal a adequação do comportamento humano a esse catálogo. Por consequência, considera a ação penalmente punível como a conduta típica, antijurídica e culpável.[1106]

Não obstante Ernst von Beling[1107] tenha o mérito de haver formulado inicialmente a concepção de tipo e tipicidade penais, sua teoria não conseguiu subsistir[1108] porque apresentava deficiências, que são atribuídas ao estágio da dogmática penal naquela época.[1109] A concepção belinguiana[1110] considerava o tipo penal puramente descritivo e isento de qualquer juízo de valor.[1111] A objetividade ou caráter descritivo do tipo significava a exclusão de seu interior de todos os elementos subjetivos, que pertenceriam à culpabilidade. O caráter não valorativo significava que o tipo não continha nenhuma valoração a respeito da

---

[1104] ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 277.

[1105] BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 37/38.

[1106] Segundo Sebastián Soler (**Derecho penal argentino**. Tomo I, Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1978, p. 113), Ernst von Beling elaborou a sua teoria do tipo penal a partir da distinção entre norma e lei penais, formulada por Karl Binding na sua teorias das normas. Essa distinção, *grosso modo*, significa que a lei penal é a descrição objetiva da conduta proibida, enquanto a norma penal é um mandamento normativo implícito e valorativo abstraído da análise de todo o conjunto do Direito. Assim, Ernst von Beling estatui a sua estrutura tricotômica do delito em: a) *Tatbestand* ou tipicidade como elemento objetivo, pura descrição da ação na lei penal, e avalorado; b) antijuridicidade, que representa a valoração da ação em face do Direito; c) culpabilidade, indicando os elementos subjetivos (dolo e culpa) internos do autor da conduta. Ernst von Beling (in *Die Lehre von Verbrechen*, p. 116, *apud* SOLER. *Op. cit*., 1978, p. 11, nota nº 22) assim se pronuncia: "Ante à lei penal e sobre ela está a norma". De fato, Ernst von Beling (*op. cit*., 1944, p. 22 e segs.) menciona expressamente a adoção da teoria das normas de Karl Binding, quando afirma que o agente age conforme o que propõe a lei penal e, deste modo, a realiza. Sobre isso, é oportuno consultar a síntese crítica contida em: DERZI. Op. cit., 2008, p. 158/163. A respeito desse ponto, Juarez Tavares (*op. cit*., 1980, p. 13/14) entende que Karl Binding com sua teoria das normas não teria contribuído para o conceito analítico de crime (estrutura tripartite do delito), porque seria, inclusive, oposta às tentativas de Ernst von Beling de elaborar uma teoria do tipo.

[1107] Luiz Luisi (*op. cit*., 1987, p. 28) informa que a concepção do tipo penal de Ernst Beling não encontrou muitos adeptos, pois apenas o penalista austríaco Theodor Ritler teria adotado a sua teoria do tipo objetivo e avalorado. No Brasil, apenas Heleno Claudio Fragoso teria se aproximado dessa teoria do tipo, mas posteriormente aderiu à concepção finalista do tipo.

[1108] BRANDÃO. *Op. cit*., 2001, p. 52.

[1109] WELZEL. *Op.cit*., 2002, p. 62.

[1110] BELING. *Op. cit*., 1944, p. 55/56.

[1111] Para Misabel Derzi (*op. cit*., 2008, p. 158) a formulação metódica do tipo penal neutro de Ernst von Beling foi influenciada pelo modelo positivista do Direito de sua época histórica.

antijuridicidade da atuação típica, já que a tipicidade consistia em um juízo estritamente neutro.[1112]

A 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 Hans Welzel, que inseriu o dolo e a culpa no interior da conduta típica.[1113]

O caráter descritivo do tipo começou a ser superado quando o tipo penal subjetivado foi formulado, após a descoberta dos elementos subjetivos, pelo civilista Hans Albrecht Fischer[1114], em sua obra *Die Rechtswidrigkeit*, de 1911, ao demonstrar que a ilicitude no direito privado, muitas vezes, se configura por meio da vontade e intenção do agente no momento da conduta. No direito penal os elementos subjetivos do tipo foram sistematizados por August Hegler, em 1914, e Max Mayer, em 1915.[1115] August Hegler, em sua obra *Die merkmale des Verbrechens*, de 1914, demonstrou que muitas vezes a antijuridicidade de um fato se caracteriza em decorrência do estado anímico do agente, comprovando essa tese ao identificar nas normas incriminadoras do Código Penal alemão numerosos elementos psicológicos nos tipos penais.[1116] Logo em seguida, Max Ernst Mayer,[1117] em sua obra *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (Direito penal. Parte geral), destaca a existência de elementos subjetivos da antijuridicidade e que não correspondem aos elementos da culpabilidade. São relevantes também as considerações de Guillermo Sauer,[1118] que defendia que a tipicidade é a antijuridicidade tipificada e que o tipo apresenta como elementos algumas características subjetivas denominadas elementos subjetivos do injusto. Todavia, Edmundo Mezger[1119] foi quem sistematizou e desenvolveu a teoria dos elementos subjetivos do tipo ao salientar que uma conduta é licita ou antijurídica segundo a disposição anímica do agente ao realizar a ação e que e o Direito positivo indica a existência dos elementos subjetivos do injusto penal.

[1112] ROXIN. *Op. cit.*, 2006, p. 279.
[1113] WELZEL. Op. cit., 2002, p. 62.
[1114] Edmundo Mezger (*op. cit.*, 1935, p. 287) informa que foi Hans Albrecht Fischer quem fez as primeiras indicações sobre os elementos subjetivos no âmbito da antijuridicidade objetiva no direito privado.
[1115] MEZGER. *Op. cit.*, 1935, p. 287.
[1116] LUISI. *Op. cit.*, 1987, p. 16/17.
[1117] MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 231 e segs.
[1118] SAUER. *Op.cit.*, 1956, p. 111 e 118.
[1119] MEZGER. *Op. cit.*, 1935, p. 287 e segs.

O caráter avalorado do tipo penal foi abandonado a partir do descobrimento dos elementos normativos do tipo por Max Mayer,[1120] que os identificou como as partes do tipo penal que estão em uma relação valorativa com a conduta humana. São, portanto, elementos típicos que possuem um significado valorativo. A partir da descoberta dos elementos normativos, o tipo passou a ser resultado de juízos de valor, segundo o objetivo do legislador de tutelar o bem jurídico.[1121]

Por fim, a concepção do tipo subjetivo e avalorado 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.[1122] Helmuth von Weber, em duas obras publicadas em 1929 e 1935, defendeu a existência de tipos penais causais e tipos teleológicos; estes últimos só se concretizariam com a realização da vontade do agente em certa direção subjetiva, ou seja, de acordo com o conteúdo do querer do autor. Assim, esse autor, já em 1929, asseverava que o dolo e a culpa deveriam integrar a ação típica.[1123] Por sua vez, Alexander Graf Zu Dohna,[1124] em sua obra *A estrutura da teoria do delito* publicada em 1936, ensina que a ação é o primeiro e básico elemento do delito, a qual deve se subsumir em um tipo penal, apresentando esse um aspecto objetivo ("aquelas características do delito que se realizam no mundo exterior") e outro subjetivo ("os elementos que estão no interior do agente"), por ser a ação uma concreção da vontade do autor. A formulação do tipo penal de caráter finalista adquiriu contornos definitivos com o desenvolvimento do sistema criminal finalista desenvolvido por Hans Welzel[1125] na década de 1930, que resultou na superação definitiva da concepção do tipo penal puramente descritivo e avalorado.

O tipo penal, conforme síntese precisa de Guillermo Sauer,[1126] é a reunião típica dos elementos desvalorizados juridicamente relevantes e socialmente prejudiciais, que como modelo legal abstrato generaliza a situação de fato. Portanto, o tipo já é um sintoma da

---

[1120] MAYER. *Op. cit*., 2007, p. 228/231.
[1121] TAVARES. *Op. cit*., 1980, p. 39.
[1122] LUISI. *Op.cit*., 1987, p. 30.
[1123] LUISI. *Op. cit.*, 1987, p. 28/29.
[1124] DOHNA. *Op. cit*., 1958, p. 14/18.
[1125] Sobre a origem do finalismo, Juan Córdoba Roda (**Una nueva concepción del delito – la doctrina finalista**. Barcelona: Editorial Ariel, 1963, p. 41/42 e 46) leciona que as primeiras ideias sobre teoria finalista surgiram em 1931, a partir da publicação do livro *Kausalität und Handlung* (Causalidade e ação), sendo outra obra relevante a *Naturalismus und Wertphilosophie im Stratfrecht* (*Naturalismo e filosofia dos valores no direito penal*, de 1935), onde é empregado o termo finalidade; contudo, a doutrina finalista da ação somente surgiu de modo completo em 1939, no famoso artigo *Studien zum System des Strafrechts* (*Estudos sobre o sistema de direito penal*), já citado inúmeras vezes no Capítulo 6, Parte III, deste estudo.
[1126] SAUER. *Op. cit*., 1956, p. 111.

danosidade e da perigosidade sociais de uma atividade. Hans Welzel[1127] ensina que o tipo é o conteúdo material da proibição das normas penais, constituindo a descrição objetiva e material da conduta incriminada.

Na doutrina brasileira o conceito de tipo penal[1128] é bem apresentado por Francisco de Assis Toledo, como segue:

> tipo penal é um modelo abstrato de comportamento proibido. É, 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.[1129]

Com efeito, Winfried Hassemer[1130] é preciso quando pontifica que tipo é o conjunto de elementos que descrevem um determinado delito.

Os tipos penais descrevem abstratamente as condutas proibidas para fins de tutelar um bem jurídico-penal. Na verdade, o tipo penal tem seu ponto de partida e fundamento no bem jurídico a ser tutelado, sendo o núcleo de sua formação a descrição dos pressupostos da punibilidade que caracterizam determinado delito e de cuja realização depende a incidência da consequência cominada e determinada na figura típica.[1131] De fato, o tipo penal encerra a punição estatal prevista para conduta lesiva ao bem jurídico penalmente tutelado.[1132]

A respeito da interpretação do tipo penal, Cláudio Brandão[1133] preleciona que o método de análise do tipo penal 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).

[1127] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 58. Por sua vez, Claudio Brandão (*op. cit.*, 2001, p. 51) aduz que o caráter descritivo do tipo indica que ele é uma imagem conceitual ou modelo da conduta real incriminada.

[1128] José Cirilo de Vargas (*op. cit*., 2008, p. 22) informa que o termo *tipo* passou a ser empregado pela lei penal brasileira a partir da reforma da Parte Geral do Código Penal promovida em 1984.

[1129] TOLEDO. *Op. cit.*, 2000, p. 127.

[1130] HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona: Editorial Bosch, 1984, p. 261.

[1131] WESSELS, Johannes. **Direito penal.** Parte geral. Porto Alegre: SAFE – Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 25/26.

[1132] Para um amplo estudo do tipo e da tipicidade penais na sociedade contemporânea, veja-se: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

[1133] BRANDÃO. *Op. cit*., 2001, p. 58/59.

Todavia, a imprecisão dos termos legais decorrente da limitação da 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.

Para materializar apenas a punibilidade indispensável à proteção do bem jurídico a teoria da adequação social da conduta é o instrumento hermenêutico necessário à interpretação restritiva do tipo penal.[1134]

7.2.1.2 Os elementos normativos do tipo penal

A lei penal não declara diretamente que se deve abster-se de realizar determinado fato (por exemplo, "Não furtarás"), mas define precisamente o comportamento, por meio de suas circunstâncias, a ser considerado como crime.[1135] Desse modo, o tipo penal é uma imagem conceitual da conduta incriminada, que a descreve em sua redação legal através de elementos objetivos (dados do mundo natural percebidos sensorialmente), subjetivos (circunstâncias referentes ao âmbito anímico do autor) e normativos (elementos do mundo cultural – extrajurídico e jurídico – que exigem juízos valorativos). Todavia, em razão do objeto deste trabalho, ater-se-á apenas à análise dos aspectos dogmáticos dos elementos normativos necessários à exposição deste estudo.[1136]

De forma geral, o tipo penal busca descrever objetivamente a conduta representativa do injusto penal. Entretanto, há comportamentos que a técnica legislativa não consegue encerrar em um esquema descritivo puramente objetivo, sendo necessário o legislador introduzir no tipo elementos referentes à realidade cultural que exigem a realização de um juízo valorativo para inferir-se seu significado típico. Esses dados típicos referentes à realidade cultural são denominados elementos normativos do tipo penal.[1137] Outra razão para

---

[1134] ROXIN. *Op. cit*., 2000, p. 47.

[1135] BRUNO. *Op. cit*., 2003, p. 213.

[1136] Veja-se um profundo e exauriente estudo doutrinário sobre os elementos normativos do tipo penal em: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: Editorial La Ley, 2008, p. 39/138. A respeito dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, consulte-se: JIMENEZ HUERTA. *Op. cit*., 1955, p. 63/93.

[1137] VARGAS. *Op. cit*., 2008, p. 45; HUERTA. *Op. cit*., 1955, p. 73. Mariângela Gama de Magalhães Gomes (**Direito penal e interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 46) aduz que na atualidade, muitas vezes, a utilização dos elementos normativos tem sido considerada como a melhor opção para formular os tipos penais em decorrência da complexidade da sociedade atual e das modernas tecnologias que exigem do legislador a criação de normas penais referentes a matérias como manipulação

o legislador recorrer ao emprego dos elementos normativos no tipo é por exigência da linguagem, uma vez que escolhe deixar em aberto a descrição típica, através de um termo genérico, de uma circunstância concreta variável para evitar o casuísmo exagerado.[1138]

Assim, os elementos normativos do tipo são empregados para descrever as circunstâncias da realidade cultural (extrajurídica e jurídica) que exigem uma qualificação valorativa por parte do intérprete para a sua precisa compreensão.[1139] Isso significa que os elementos normativos, não sendo objetivos nem subjetivos, exigem para a sua compreensão o recurso a normas jurídicas de outros ramos do Direito ou às regras morais e sociais.[1140]

Cumpre mencionar que Karl Engisch[1141] destaca que esse caráter valorativo dos elementos normativos lhe atribui uma propriedade que os elementos objetivos não apresentam, a saber: as valorações exigidas por esses elementos permitem sua flexível adaptação a um caso concreto e a qualquer mudança de concepções valorativas, segundo o espírito de cada época.

A identificação dos elementos normativos do tipo penal ocorreu no contexto dogmático da teoria do delito neokantista (em torno de 1915), que passou a considerar como objeto da norma incriminadora a conduta considerada sob um enfoque puramente normativo e não mais vinculada a um substrato natural como a tinha o causalismo.[1142] Com efeito, para o neokantismo a ação humana é conceituada como uma valorização da realidade objetiva, quer dizer, uma atividade que produz consequência com relevância social, não sendo, portanto, uma simples modificação do mundo natural. E a "significação social" é produto de uma

---

genética, comunicações pela internet, meio ambiente etc. Não obstante essa situação, deve-se ter sempre em consideração a advertência de Anibal Bruno (*op. cit*., 2003, p. 217) a respeito do uso dos elementos normativos no tipo penal: "[...] é preciso considerar que, aumentando-se o número desses elementos normativos, diminui-se a precisão e a firmeza do tipo, alargando-se a função do juiz na apreciação da conformidade típica do fato concreto, com prejuízo da segurança que o regime dos tipos visa a estabelecer".

[1138] REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 2002, p. 145.

[1139] LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: SAFE – Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 53.

[1140] REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 2002, p. 142.

[1141] ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 240. Vale conferir o magistério de Karl Engisch (*op. cit*., 2001, p. 240), em suas próprias palavras: "[...] os conceitos normativos objectivos conservam uma propriedade, uma vantagem, podemos dizer, que frequentemente os conceitos descritivos perdem: através das valorações para que eles remetem, podem adaptar-se elasticamente à configuração particular das circunstâncias do caso concreto e ainda a qualquer mudança das concepções valorativas. Precisamente por isso é que eles são os pontos de apoio e os veículos dum 'Direito equitativo' e são tão benquistos nos tempos de hoje".

[1142] TAVARES. *Op. cit*., 2000, p. 137. Segundo Juarez Tavares (*op. cit*., 1980, p. 41/40), a influência do neokantismo foi no sentido de que "a essência do Direito Penal deva ser vista como expressão normativa de valor. O Direito Penal adquire, com isso, a função instrumental de proteção de valores preexistentes, ao mesmo tempo imanente à natureza do homem e independentes dela, de tal sorte que se torna, até, possível a criação de um novo direito natural axiológico".

valoração. Disso resulta que o tipo penal se configura como um contexto conceitual em que os dados ônticos apresentam uma fisionomia na qual os elementos são referidos a valores, isto é, os elementos normativos.[1143] Para além disso, o neokantismo alterou os fundamentos da própria teoria do injusto, uma vez que esse passou a ser considerado uma criação normativa, sem referência ao mundo real, resultante de juízos de valor a partir do objetivo visado pelo legislador, que tanto pode ser a tutela de um bem jurídico como qualquer outra situação estatal de conveniência.[1144]

No direito penal atribui-se a Max Mayer a descoberta dos elementos normativos do tipo.[1145] De fato, Max Mayer,[1146] apesar de entender o tipo como não valorativo e indício (*ratio cognoscendi*) da antijuridicidade, identificou alguns elementos típicos que não se apresentam como mero indício da antijuridicidade, mas que a constituem (*ratio essendi*). A esse respeito, Max Mayer assim se pronuncia: "Tais circunstâncias, que aparecem como se estivessem fixadas com um gancho à tipicidade e com outro à antijuridicidade, tem duplo caráter: são elementos normativos (e por isso inautênticos) da tipicidade e são, por sua vez, autênticos elementos da antijuridicidade".[1147] Para o referido autor, os elementos normativos são inautênticos elementos do tipo porque correspondem aos atributos da antijuridicidade.[1148]

Dessa forma, Max Mayer[1149] compreende os elementos normativos como:

> Autênticos elementos da antijuridicidade. Pois que uma circunstância que não assinala a antijuridicidade, senão a fundamenta, que não é, por conseguinte, *ratio cognoscendi* senão *ratio essendi*, pertence a antijuridicidade, é parte integrante desta. Mas os elementos normativos do tipo têm justamente essa particularidade.

Portanto, Max Mayer[1150] ensina que esses elementos normativos são partes do tipo que têm um significado valorativo à medida que se situam no mundo jurídico, provindo disso o seu conteúdo valorativo, e não no mundo naturalístico, razão pela qual não podem ser apreendidos sensorialmente.[1151] Sob esse prisma, os elementos normativos são expressões da

---

[1143] LUISI. *Op. cit.*, 1987, p. 36/37.
[1144] TAVARES. *Op. cit.*, 2000, p. 138.
[1145] Por toda a doutrina: ROXIN. *Op. cit.*, 2006, p. 281.
[1146] MAYER. *Op. cit*., 2007, p. 12, 227 e 228.
[1147] MAYER. *Op. cit*., 2007, p. 228.
[1148] MAYER. *Op. cit*., 2007, p. 230.
[1149] MAYER. *Op. cit*., 2007, p. 231.
[1150] MAYER. *Op. cit*., 2007, p. 228/229.
[1151] Impende salientar que Erik Wolf (**Las categorias de la tipicidad.** Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p. 24/25) entendia que quando os elementos descritivos e valorativos, embora conceitualmente distintos, ingressam na descrição do tipo penal não permitem nenhuma separação no âmbito do Direito, uma vez que todos passam a ser conceitos jurídicos normativos. Segundo essa concepção, Erik Wolf (*op. cit*.,

redação do tipo que exigem uma valoração a antecipar um juízo de antijuridicidade sobre o significado da circunstância necessária ao injusto penal.

Edmundo Mezger[1152] destaca que os elementos normativos são os pressupostos do injusto típico que exigem uma especial valoração da situação fática para que se possa compreender seu significado típico.

Desde o início de sua identificação, os elementos normativos são considerados como partes da redação legal do tipo que exigem um especial juízo de valoração (jurídico ou extrajurídico) para determinar-se seu significado, visando a concretização do injusto penal. Portanto, os elementos normativos têm seu significado aferido mediante uma valoração do intérprete a respeito dos dados da realidade cultural que representam linguisticamente.

Karl Engisch[1153] entende os elementos normativos como aqueles conceitos típicos (jurídicos) que, contrariamente aos conceitos descritivos, referem-se a dados que não são simplesmente perceptíveis sensorialmente, mas que apenas em conexão com a realidade normativa ou valorativa se tornam representáveis e compreensíveis.

Nesse sentido, Miguel Reale Junior assim se pronuncia:

> Os elementos normativos constituem elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo ao fato concreto. Os elementos normativos, malgrado terem conteúdo variável, definível através de um processo são de percepção, mas de compreensão, não destoam na estrutura do tipo. Os elementos normativos completam o quadro da ação considerada delituosa, sendo, ao lado dos elementos objetivos e subjetivos, um índice revelador do valor tutelado.[1154]

Em relação ao aspecto conceitual dos elementos normativos, Luiz Luisi é preciso em suas considerações, *in verbis*:

> Os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão o intérprete não pode se limitar a conhecer, isto é, a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos o dado natural, mas deve realizar uma atividade valorativa. Não são, portanto, elementos que se

---

2005, p. 115) assim conclui: "todos os elementos do tipo são normativos, todos os tipos são conceitualmente de caráter normativo".

[1152] MEZGER. *Op.cit.*, 1935, p. 320.

[1153] ENGISCH. *Op. cit*., 2001, p. 211/213.

[1154] REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 2002, p. 143.

> limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstancias, uma significação, um valor.[1155]

Efetivamente, os elementos normativos do tipo correspondem às expressões da descrição legal da conduta incriminada que se referem a elementos da realidade cultural (jurídica ou extrajurídica), exigindo um juízo de valoração do intérprete para compreensão de seu significado em face do injusto penal.

Edmundo Mezger[1156] classificou os elementos normativos em: a) elementos normativos de valoração cultural (ou próprios), cuja determinação exige uma genuína valoração do intérprete (juízos ou afirmações valorativas) baseada na sua experiência e conhecimento que esta proporciona, denominando-lhes "elementos cognitivos do juízo" e sendo seus exemplos: "obsceno", "fraude", "maltratar" etc.; b) elementos normativos impróprios ou elementos que exigem uma valoração jurídica, os quais são determinados por juízos valorativos não genuínos ou impróprios (confirmações valorativas), isto é, aplicação de valorizações já realizadas pelo Direito em outros ramos jurídicos ou aplicações de conceitos jurídicos já expressos em outras normas jurídicas e com sentido consagrado, por exemplo: "funcionário público", "alheia', "documento público" etc. Na atualidade, classificam-se os elementos normativos distinguindo-se os que determinam uma relação entre o tipo e a antijuridicidade daqueles que indicam um dado típico que é puramente valorativo e sem referir-se à relação tipo-antijuridicidade.[1157]

Segundo essa concepção, os verdadeiros elementos normativos são aqueles que revelam a antijuridicidade da conduta conforme o desvalor jurídico que refletem. Os elementos típicos que exigem uma especial valoração são considerados simples elementos valorativos, porque se referem a valorações jurídicas ou culturais e não identificam o conteúdo de antijuridicidade do comportamento.[1158]

A doutrina nacional classifica os elementos normativos de caráter normativo em: a) elementos normativos do tipo, que constituem o tipo, tais como: alheia, documento público etc. (e que correspondem na doutrina estrangeira aos elementos puramente valorativos); b) elementos normativos condicionantes da antijuridicidade, que apesar de integrarem o tipo, referem-se a um caráter antijurídico da conduta descrita, por exemplo: indevidamente,

---

[1155] LUISI. *Op. cit*., 1987, p. 57.
[1156] MEZGER. *Op. cit.*, 1935, p. 321/322.
[1157] LOPES. *Op. cit.*, 2006, p. 56.
[1158] JIMENEZ HUERTA. *Op. cit*., 1955, p. 79/80.

fraudulentamente, sem autorização etc. (os quais correspondem na doutrina estrangeira aos elementos normativos em sentido estrito).[1159]

No que tange a essa classificação, Luiz Luisi[1160] entende que é equivocada, pois devem ser considerados normativos todos os conceitos inseridos na redação típica da conduta que exigem um juízo valorativo pelo intérprete, sejam os que atribuem conotação antijurídica à conduta ou os que qualificam e caracterizam o objeto material estatuído como elemento constitutivo do tipo penal. De fato, com razão Luiz Luisi quando afirma que todo dado típico que necessita de um juízo valoração deve ser considerado elemento normativo.

Quanto à classificação dos elementos que exigem um juízo de desvalor, Juan Facundo Goméz Urso[1161] qualifica-os como *elementos normativos de recorte*, indicando as expressões da redação típica que se referem à antinormatividade da conduta para confirmar sua tipicidade, mas que não implicam um juízo definitivo de antijuridicidade. Esses elementos normativos são expressas referências ao conteúdo de antinormatividade do fato, mas que integram o tipo e não se confundem, apesar da forte semelhança, com as valorações da antijuridicidade. Sendo assim, a existência de uma norma que anula o desvalor (ou sentido proibitivo) do elemento normativo de recorte provoca a atipicidade da conduta, sem que isso se equipare a uma causa de justificação. Com efeito, tomando como premissa dogmática o sistema criminal finalista, essa parece ser a melhor classificação em relação aos elementos normativos não puramente valorativos.

Os elementos normativos comportam ainda uma distinção entre elementos que contêm uma valoração jurídica já preexistente e aqueles que requerem uma valoração do intérprete.[1162] A partir dessa concepção, Karl Engisch[1163] classifica-os em: a) elementos normativos valorados juridicamente (cujos significados são determinados com o recurso a outras normas – jurídicas ou extrajurídicas); b) elementos normativos em sentido estrito – "carecidos de um preenchimento valorativo" – (os quais o sentido normativo tem de ser determinado, caso a caso, por uma valoração).

No que concerne à finalidade dos elementos normativos, Erik Wolf,[1164] em sua época, já mencionava que: "os elementos normativos do tipo têm as funções de delimitar o espaço

---

[1159] LOPES. *Op. cit*., 2006, p. 263; BITENCOURT. *Op. cit*., 2008, p. 57/58.
[1160] LUISI. *Op. cit*., 1987, p. 59.
[1161] GOMÉZ URSO. *Op. cit*., 2005, p. 71/73.
[1162] WOLF. *Op. cit*., 2005, p. 115 e segs.; MEZGER. *Op. cit*., 1935, p. 321/322; BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 202.
[1163] ENGISCH. *Op. cit*., 2001, p. 212/213.
[1164] WOLF. *Op. cit*., 2005, p. 116.

vital das ideias de proteção penal (normas)". Assim, partindo-se da premissa que o tipo penal descreve um fato reprovável juridicamente, verifica-se que o legislador faz uso dos elementos normativos para representar as circunstâncias que caracterizam a conduta indesejada e indicar o significado social e jurídico que essa deve comportar e pelo qual é incriminada.[1165] Com efeito, as expressões típicas de caráter normativo têm a função de indicar a valoração sociojurídica do comportamento e de sua lesividade em face do bem jurídico tutelado.[1166]

A respeito das finalidades dos elementos normativos, são oportunas as considerações de Luciano Lopes, *in verbis*:

> Se o tipo é portador provisório da proibição, funcionando como razão de ser do ingresso da ilicitude na esfera penal, os elementos normativos funcionam como sinalização expressa dessa premissa. São os elementos mais próximos deste sentido de ilicitude, dentro do tipo penal. Exercem tal função dentro do próprio tipo penal.[1167]

Portanto, pode-se afirmar que os elementos normativos têm por função indicar o conteúdo proibitivo do comportamento descrito no tipo penal necessário à configuração do injusto, apreensível tão somente por meio de uma valoração do intérprete.

Os elementos normativos, como são dados da realidade cultural e não apreensíveis sensorialmente, exigem o emprego do método compreensivo para definição do seu significado. Assim, a compreensão dos elementos normativos exige um juízo valorativo do intérprete através do recurso a normas jurídicas de outros ramos do Direito ou mesmo às normas morais e sociais.[1168]

Assim, a interpretação para identificar-se o significado dos elementos normativos que já indicam uma valoração jurídica (por exemplo, "alheia", "documento público" etc.) se realiza mediante o juízo de aplicação de uma norma de modo silogístico (assemelhando-se ao procedimento de interpretação dos elementos objetivos).[1169] Por outro lado, os elementos normativos que exigem um juízo valorativo (por exemplo: "obsceno", "menosprezar" etc.) requerem do interprete uma valoração "mais ou menos subjetiva", pois o legislador indica apenas uma direção para interpretá-los.[1170] Todavia, para objetivar ao máximo essa interpretação dos elementos normativos de caráter cultural, Edmundo Mezger destaca que "o

---

[1165] GOMES. *Op. cit.*, 2008, p. 48.
[1166] REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 2002, p. 144.
[1167] LOPES. *Op. cit*., 2006, p. 77.
[1168] REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 2002, p. 142.
[1169] BACIGALUPO. *Op. cit*., 2005, p. 203/204.
[1170] WOLF. *Op. cit*., 2005, p. 118.

processo valorativo (do Juiz) tem de realizar-se com base em determinadas normas e concepções vigentes que não pertencem, sem embargo, à esfera mesma do Direito".[1171] Por sua vez, Enrique Bacigalupo ensina que ao se interpretar esses elementos normativos que exigem uma valoração o juiz deve "motivar sua valoração mediante uma expressa referencia a normas sociais (não-jurídicas), a critérios ético-sociais ou *stands* de comportamento reconhecidos socialmente".[1172] Deve, portanto, o intérprete buscar, inicialmente, apreender o reconhecimento social dessas normas, critérios e *stands*. Contudo, como os sentidos dessas referências culturais são de difícil identificação com precisão, o interprete dispõe de uma margem de discricionariedade em sua determinação.[1173]

Em razão de a interpretação dos elementos normativos (sejam de valoração jurídica ou de valoração cultural) se basear em parâmetros (normas, padrões ou critérios) reconhecidos socialmente, aplica-se precisamente a teoria da adequação social da conduta, como instrumento hermenêutico sociológico, para determinar o significado sociojurídico que comporta um determinado elemento normativo no contexto da redação típica do injusto penal.

Para além disso, a teoria da adequação social tem aplicação hermenêutica não apenas sobre os elementos normativos do tipo, mas também pode servir para interpretar os elementos descritivo-objetivos (ou escassamente valorativos),[1174] uma vez que estes não são puros conceitos causais.

De fato, Hans Welzel[1175] ensina que todos os elementos típicos – incluindo-se os objetivos – não são conceitos puramente causais, mas conceitos que representam relações e significados sociais no contexto de um ordenamento jurídico. Sendo assim, a teoria da adequação social tem a função metódica de determinar o significado dos elementos do tipo a partir da totalidade da realidade social e jurídica.

[1171] MEZGER. *Op. cit.*, 1935, p. 322.
[1172] BACIGALUPO. *Op. cit.*, 2005, p. 203.
[1173] BACIGALUPO. *Op. cit*., 2005, p. 204. Luciano Lopes (*op. cit*., 2006, p. 137/143) aduz que a máxima taxatividade interpretativa é um postulado fundamental para interpretar os elementos normativos com segurança jurídica.
[1174] BARBERO. *Op. cit*., 1992, p. 153.
[1175] WELZEL. Op. cit., 2007, p. 66/70. Nesse ponto, o entendimento de Hans Welzel se aproxima, em muito, da concepção de Erik Wolf (*op. cit*., 2005, p. 24/25 e 115), no sentido de que todos os elementos do tipo penal são normativos.

7.2.1.3 O tipo penal econômico

Em sede de tutela penal da atividade econômica, a construção do tipo penal encontra uma grande dificuldade para a formação da imagem conceitual do delito em razão da complexidade e fluidez dos conceitos e critérios referentes à matéria econômica.[1176]

A dificuldade na elaboração do tipo penal econômico tem levado o legislador a adotar como técnica legiferante 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 perigosa minimização das garantias da taxatividade que deve acompanhar a descrição das condutas tipificadas e da precisão na compreensão do que constitui o injusto penal.[1177]

Faria Costa[1178] 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 construídos com cláusulas gerais.

Na doutrina brasileira, Heloisa Estellita Salomão assim se pronuncia:

> 4. A vetorialidade e instabilidade das normas econômicas recomenda a criação de tipos legais aptos a acompanhar a agilidade da vida econômica. Recomenda-se, preferencialmente, o emprego de normas penais em branco, dos tipos de perigo, dos elementos normativos e de clausulas gerais, da supressão de qualificadoras do elemento subjetivo do tipo.[1179]

Em face disso, cabe verificar os aspectos fundamentais das técnicas de tipificação penal econômica.

O tipo penal aberto – em contraposição ao tipo penal fechado – é aquele que apresenta a definição do injusto de modo incompleto pelo tipo, devendo sua complementação ser realizada por um juízo valorativo do julgador. São exemplos de tipos penais abertos aqueles que têm como núcleo descritivo da conduta incriminada os elementos normativos do tipo.

[1176] Nesse sentido: BAJO FERNANDEZ. *Op. cit*., 1978, p. 73; JALIL. *Op. cit*., 2009, p. 35/36. Por outro lado, Manoel Pedro Pimentel (*op. cit*., 1973, p. 31 e segs.), na década de 1970, já destacava que a complexidade e fluidez dos fatos econômicos dificultam o tratamento legislativo dos crimes econômicos.

[1177] Sobre as técnicas legislativas da intervenção penal econômica, Manuel Jaén Vallejo (**Cuestiones actuales del derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2004, p. 25) assim se pronuncia: "As técnicas legislativas de proteção que se utilizam cada vez com maior freqüência no direito penal econômico, e não só neste âmbito delitivo, são duas: a consistente na utilização de tipos penais de perigo, a fim de poder adiantar a proteção jurídico-penal, e a consistente na utilização de tipos penais estruturados sobre a base de leis penais em branco".

[1178] COSTA. *Op. cit*., 2003, p. 111.

[1179] SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**. Ano 85, vol. 725, p. 407-423, São Paulo: Editora RT, março de 1996, p. 419.

Klaus Tiedemann[1180] aduz que em face da complexidade dos processos e da regulamentação 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 ao uso desses elementos defendendo que a responsabilidade penal com base nesses elementos normativos só deve se verificar quando e na medida que estes elementos constituem valorações reconhecidas e seguras. Assim também, Heloisa Estellita Salomão[1181] entende que, em razão da necessidade do emprego de elementos normativos e cláusulas gerais na descrição típica dos delitos econômicos, a responsabilidade penal do agente com base nesses elementos normativos depende da consagração e segurança das suas valorações.

Cumpre mencionar que esse entendimento contraria a diretriz legislativa adotada por João Marcello Araujo Junior[1182] na redação dos tipos penais econômicos no Anteprojeto de 1994 para reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro, que empregou os elementos normativos do tipo de modo excepcional e apenas por meio de expressões já consagradas na legislação nacional, para fins de evitar confusão hermenêutica.

Na intervenção penal econômica recomenda-se também a criação de tipos penais aptos a acompanhar a agilidade da vida econômica através da técnica legislativa da lei penal em branco.[1183]

Nesse sentido, Klaus Tiedemann destaca que:

> No âmbito da tipicidade é característico do Direito penal econômico o uso de normas penais em branco, quer 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 estrito) ou por outras leis (normas em branco em sentido amplo).[1184]

A lei penal em branco é aquela na qual a conduta descrita precisa da complementação de outro texto normativo para a sua aplicabilidade. Essa complementação é feita por: a) disposição contida em outra lei, b) disposição emanada de outro poder, ou seja, por ato administrativo.

Sobre a lei penal em branco no direito penal econômico, Faria Costa e Costa Andrade advertem que o uso massivo pode levar à transferência de competência penal (do Legislativo

---

[1180] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1985, p. 34.
[1181] SALOMÃO. *Op. cit.*, 1996, p. 420.
[1182] ARAUJO JUNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 51.
[1183] SALOMÃO. *Op. cit.*, 1996, p. 419.
[1184] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1993, p. 158.

para o Executivo); além disso, "arrasta sempre uma grande imprecisão, já que a norma de referência (extrapenal) nem sempre é elaborada segundo os melhores princípios da tipicidade e da legalidade."[1185] O perigo embutido no uso excessivo dessa técnica é tão acentuado que o Colóquio Preparatório da AIDP (Associação Internacional de Direito Penal), realizado em 1982, emitiu a Resolução nº 06, na qual ressalta que tal técnica "comporta o perigo da falta de clareza e de rigor, bem como da delegação excessiva do poder legislativo em favor da administração."[1186]

Por sua vez, o XIII Congresso Internacional da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal, no Cairo em 1984, emitiu a seguinte Recomendação:

> 8. Em relação à descrição dos delitos, o emprego de técnicas de remissão a instâncias normativas fora do Direito Penal, para determinar quais são as condutas que se incriminam, pode implicar o perigo de imprecisão e falta de clareza, assim como um excesso de delegação do poder legislativo à Administração. A conduta ou o resultado proibidos devem estar especificados, no possível, no próprio preceito penal.[1187]

Essa Recomendação do AIDP foi seguida por João Marcello Araujo Junior[1188] na redação dos tipos penais econômicos no Anteprojeto de 1994 para reforma da Parte Especial do Código Penal, pois fez uso moderado da técnica da lei penal em branco.

Todavia, cabe salientar que uma das características mais representativas do direito penal econômico é a utilização da técnica de lei penal em branco para descrever as condutas incriminadas.[1189]

Por fim, outra técnica legislativa empregada em larga escala é a de tipos de perigo abstrato, em que pese constituir uma considerável restrição à liberdade de ação empresarial.[1190] O tipo penal de perigo abstrato (que se caracteriza por dispensar a existência de uma lesão) tem sido empregado para facilitar a prova processual e antecipar a proteção do bem jurídico supraindividual.[1191]

[1185] COSTA; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 355.
[1186] COSTA; ANDRADE. *Op. cit*., 1998, p. 362.
[1187] SALOMÃO. *Op. cit*., 1996, p. 422.
[1188] ARAUJO JUNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 50.
[1189] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Op. cit*., 2007, p. 243.
[1190] TIEDEMANN. *Op. cit*., 1985, p. 33.
[1191] Cezar Roberto Bitencourt (Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** Ano 3, nº 11, p. 118-230, São Paulo: Editora RT, jul./set. de 1995, p. 125) aduz que o uso dos tipos de perigo é necessário para que se possa agir preventivamente ao simples risco contra os bens jurídicos coletivos, uma vez que a repressão ao dano ocorreria tarde demais para conter prejuízos imensuráveis.

O uso de tipos de perigo abstrato para os crimes econômicos foi recomendado pelo referido XIII Congresso da AIDP, confira-se:

> 9. O emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinqüência econômica e da empresa, sempre e quando proibida pelo legislador venha especificada com precisão e em tanto a proibição se refere diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos.[1192]

Não obstante, Klaus Tiedemann[1193] esclarece que o legislador tem empregado a técnica dos crimes de perigo abstrato em matéria econômica para evitar problemas de determinação da lesão e para facilitar a prova processual.

De fato, o direito penal econômico tem uma especial inclinação para descrever as condutas incriminadas por meio de tipos de perigo abstrato.[1194] A banalização do emprego dos crimes de perigo abstrato 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.[1195] 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.

Destaque-se que João Marcello Araujo Junior[1196] na proposta de redação dos delitos econômicos no Anteprojeto de 1994 para reforma da Parte Especial do Código Penal não recomendou o uso dos tipos de perigo abstrato.

Sobre a flexibilização e a abertura do tipo penal econômico são oportunas as considerações de Mauricio Moraes, nestes termos:

> Nos delitos econômicos de todos os gêneros está havendo uma tendência em se inserir expressões imprecisas, largas, atécnicas, desnecessárias e contraditórias. Os tipos penais estão cada vez mais abertos e há uma franca promoção de figuras típicas de perigo abstrato, tudo a pretexto de uma maior (para não dizer mais grave) punição de condutas sequer bem compreendidas pelo próprio legislador.
> Não é raro justificar-se essa tendência com o argumento de que os tipos devem ser imprecisos para permitir a punibilidade a um espectro maior de situações que pela própria natureza econômica das relações está em constante variação. Concluindo em seguida: a fluidez dos comportamentos econômicos como indesejados deve ser acompanhada de igual fluidez típica.

[1192] SALOMÃO. *Op. cit.*, 1996, p. 422.
[1193] TIEDEMANN. *Op. cit.*, 1993, p. 165.
[1194] COSTA. *Op. cit.*, 2003, p. 116.
[1195] SILVEIRA. *Op. cit.*, 2006, p. 14.
[1196] ARAUJO JUNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 50.

> Erroneamente, tentam superar os atualmente constantes equívocos e vazios legislativos afirmando-se que à doutrina e/ou à jurisprudência deve ficar a tarefa de preencher certas lacunas legais.
> Esquecem, contudo, que esse agir açodado e sem garantias aos cidadãos pode ser um sistema punitivo, mas, jamais será direito penal. Esquecem que o efeito direto e mais comum de uma imprecisão do tipo penal não é alcançar uma maior gama de condutas, mas, sim, em sentido exatamente oposto, seu fruto primeiro é gerar uma maior impunidade pois não se sabe o que imputar e punir.a titulo de uma maior punibilidade quebra-se o princípio da legalidade imaginando-se atingir apenas o 'cidadão infrator', mas se esquece que com essa conduta ou se empurra o julgador à pura arbitrariedade ou lhe amarra as mãos. E, mesmo que com tal lassidão se chegue a uma maior punibilidade, a via escolhida, além de ilegítima e arbitrária, representa a quebra de toda estrutura básica do direito penal.[1197]

Essas características dos tipos penais que descrevem os delitos econômicos, que estariam inseridos na denominada "criminalidade moderna" também são detectadas por Cezar Roberto Bitencourt[1198] ao alertar para o surgimento de um direito penal de caráter "funcional", em detrimento do direito penal da culpabilidade, o qual apresenta como política criminal de enfrentamento à criminalidade econômica uma mudança semântico-dogmática: tipos de "perigo" em vez de dano; incriminação do "risco" em vez de "lesão" efetiva a um bem jurídico; construção de "tipos abertos" em vez de "tipos fechados"; tutela de bem jurídico "coletivo" em vez de bem jurídico "individual" etc.

Esse modelo de direito penal econômico se caracteriza 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.

Portanto, a banalização dessas técnicas legislativas solapa as bases do direito penal garantista, haja vista a redução das exigências para a reprovabilidade da conduta. Para além disso, essas formas de construção do tipo enfraquecem a tutela penal econômica porque diminuem a determinabilidade e certeza do tipo penal econômico, uma vez que a aplicação da norma penal econômica fica a depender de complementos normativos, muitas vezes falhos e imprecisos, de instâncias não penais. Sendo assim, a legislação penal econômica deveria observar o máximo possível a exigência da taxatividade típica, devendo ser estatuída sem

---

[1197] MORAES, Mauricio Zanoide de. O problema da tipicidade nos crimes contra as relações de consumo. *In* SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). **Direito penal empresarial.** São Paulo: Editora Dialética, 2001, p. 193/194.

[1198] BITENCOURT. *Op. cit*., 1995, p. 122/123.

termos vagos e ambíguos, além de empregar preferencialmente tipos de resultado material e, quando muito, tipos de perigo concreto.[1199]

Especificamente em relação à formulação dos tipos penais antitruste, constata-se que apresentam os mesmos defeitos indicados acima, a saber: tecnicismo terminológico, fluidez conceitual, complexidade e imprecisão redacional.

De fato, o legislador, no afã de proteger penalmente a livre concorrência, buscou estatuir o maior número possível de condutas puníveis em apenas três artigos (4º, 5º e 6º) da Lei nº 8.137/1990, que descrevem não menos que setenta comportamentos delituosos em pouco mais de vinte dispositivos. Isso resultou em falhas técnicas na formulação dos tipos penais antitruste, como bem aponta Gonçalo Oliveria Junior[1200] ao salientar que: "A imperícia do legislador chegou ao ponto de reunir, numa mesma disposição legal (inc. III do art. 6º), mais de *dez* figuras incriminadoras, desacerto confirmatório da necessidade de obrar um novo diploma penal antitruste".

Em relação à precisão e compreensão da descrição dos delitos antitruste, Régis Prado evidencia que há grande dificuldade para a apreensão de sua tipologia penal em razão do: "[...] acurado tecnicismo terminológico e da relatividade e fluidez conceitual que a envolvem (instabilidade e relatividade de suas normas, em razão de variáveis político-econômicas), o que dá lugar a tipos penais altamente complexos e imprecisos".[1201]

Efetivamente, os tipos penais antitruste são tecnicamente falhos e de difícil aplicabilidade, sendo essas *atecnias* normativas resultado do despreparo de um legislador pouco afeito à matéria econômica e aos princípios dogmáticos, ensejando assim a construção de tipos ao arrepio dos princípios penais garantistas. [1202]

Ainda se percebe que os tipos penais antitruste repetem as características dos demais tipos econômicos, pois recorrem largamente ao emprego dos elementos normativos e tipo penais em branco, resultando em redações de pouca clareza e taxatividade.

[1199] FERRARI. *Op. cit*., 2005, p. 421.
[1200] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 122.
[1201] PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 27. Esse tecnicismo do tipo penal antitruste contraria a exigência de clareza dos textos legais. Com acerto, Mariângela Gama de Magalhães Gomes (*op. cit*., 2008, p. 32) ensina que em razão da necessidade de as normas jurídicas serem compreendidas facialmente pelo cidadão, o legislador deve evitar empregar em sua formulação termos linguísticos de uso restrito de técnicos na matéria normada. Também assim no direito penal, já que a leitura do tipo penal não deve exigir prévios conhecimentos técnicos específicos sobre o fato incriminado.
[1202] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 122/123.

Nesse particular, vale conferir as considerações de Gonçalo Oliveira Junior a respeito das deficiências legislativas dos tipos penais antitruste vigentes, *in verbis*:

> A normação em causa também vem impregnada de elementos normativos, e enunciada, muitas vezes, através de cláusulas abertas, algumas das quais extremamente lacunosas e de apoucada clareza conteudística, colocando em xeque – de certa forma – o princípio garantístico da taxatividade (nullum crimen sine lege scripta et stricta) e dificultando a compreensão da literalidade das disposições normativas. Exemplificando o que afirmado retro, tem-se alíneas 'b', 'c' e 'd', inc. I, do art. 4º, as quais definem práticas concentracionistas, apesar de a redação da alinea "d" dar a entender que somente os atos de concentração ali elencados são incriminados pela lei, desacertos quiçá decorrentes das peculiaridades e complexidades do fenômeno concorrencial. Estas e outras tantas inexatidões constantes no texto da norma – é bem verdade – cobram minudente e rigorosa análise empírica por parte do interprete.
> Não bastasse – e isso, igualmente, não se pode deixar de explicitar −, há, ainda, remissão a outras regras do ordenamento jurídico (tipos em branco), técnica legislativa que, sob certos ângulos, é consabido, pode afetar a estabilidade das relações jurídicas, direito fundamental dos indivíduos que se desdobra em garantia de bens jurídicos, como a liberdade, fonte de limitação da criação jurídica. Além do mais, constata-se certa desordem topográfica, onde algumas condutas portadoras de uma mesma essência criminógena não se encontram em um mesmo dispositivo.[1203]

No que tange à tipicidade no direito penal econômico é incontornável reconhecer que a problemática da imprecisão e abrangência do tipo penal tem matiz mais acentuado que em outros setores do sistema criminal, haja vista os problemas apresentados pelas técnicas legislativas empregadas predominantemente para a construção do tipo penal.

Diante disso, Márcia Dometila de Carvalho[1204] aenfatiza 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 consideração o domínio fluido das relações econômicas, no qual surgem comportamentos economicamente adequados que poderão excluir a tipicidade penal.

Sendo assim, verifica-se que o expansionismo criminal e a imprecisão redacional dos tipos penais antitruste permitem que algumas condutas economicamente adequadas e/ou promovidas pela política econômica nacional possam ser alcançadas, indevidamente, pela tipicidade penal.

[1203] OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p. 124/125.
[1204] CARVALHO. *Op. cit*., 1992, p. 101.

É nesse contexto que a teoria da adequação econômica da conduta surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal antitruste, pois em algumas hipóteses certos atos econômicos, não obstante prejudiciais à concorrência, são promovidos e desejados pela política econômica nacional, já que provocam o crescimento da indústria nacional e/ou aumentam o seu grau de competitividade ou se inserem nos limites normais da liberdade concorrencial, segundo uma concepção funcional dos bens jurídicos.

7.2.1.4 A teoria da adequação econômica como instrumento de interpretação dos tipos penais antitruste

Os tipos penais dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990 regulamentam o mandamento do art. 173, § 4º, do texto constitucional, que determina a repressão ao *abuso do poder econômico* no mercado nacional. A intervenção penal antitruste incrimina o comportamento de "abusar do poder econômico" manifestado pelas práticas concorrenciais indicadas naqueles dispositivos legais, que correspondem a condutas de mau uso do poder empresarial no mercado para submeter os demais competidores à vontade de um agente ou impor-lhes atitudes econômicas que não adotariam em condições de livre concorrência. As normas penais antitruste não punem o exercício do poder econômico e a decorrente conquista de parcela do mercado *per se*. Ademais, deter poder econômico é uma condição necessária para a atuação competitiva no mercado capitalista. Assim, sob o prisma do direito penal, o comportamento de "abusar do poder econômico" consiste em exercer o poder no mercado de modo nocivo à livre concorrência e em detrimento dos fins sociais da ordem econômica nacional.

Não obstante, algumas práticas concorrenciais legítimas (lícitas) que possibilitam uma posição vantajosa no mercado correm o risco de ser confundidas com atos de exercício abusivo do poder econômico e consideradas formalmente subsumidas em um tipo penal antitruste. Para evitar essas situações, a teoria da adequação econômica da conduta tem por função dogmática interpretar restritivamente o tipo penal antitruste com vista a excluir do âmbito do injusto penal as condutas consideradas economicamente adequadas.

Em face disso, a teoria da adequação econômica apresenta-se como o instrumento hermenêutico apropriado para a interpretação restritiva dos dados da redação típica referentes à matéria econômica representados pelos elementos normativos do tipo penal econômico.

Efetivamente, a teoria da adequação econômica é o juízo de valoração sobre os elementos normativos do tipo penal antitruste para determinar-lhes o significado na ordem

econômica capitalista e verificar se a conduta realizada comporta o sentido reprovável pela qual foi incriminada ou se, por outro lado, sua significação concorrencial indica uma conduta economicamente adequada à medida que sua anticompetitividade se mantém dentro dos limites normais da liberdade econômica de caráter capitalista, segundo uma dimensão funcional dos bens jurídicos, ou porque a conquista da posição vantajosa no mercado decorre da eficiência econômico-empresarial do agente.

Os tipos penais antitruste têm como conduta nuclear e comum entre si a atitude de "abusar do poder econômico", que indica o dado da realidade econômica – o *abuso do poder econômico* – sujeito à reprovação jurídica por essas normas penais.[1205] De imediato, verifica-se que a expressão típica tem o caráter de elemento normativo do tipo, já que se trata de uma circunstância que não pode ser descrita causalmente nem percebida sensorialmente por um juízo cognitivo, porquanto constitui um recorte da realidade cultural (jurídico-econômica), na qual predomina a liberdade de iniciativa e ação econômica própria do mercado capitalista.[1206] De fato, a *abusividade* do exercício do poder econômico, caracterizadora do elemento normativo nuclear do tipo, deve ser comprovada, caso a caso, mediante um juízo compreensivo (valorativo) do intérprete a respeito da ilegitimidade e nocividade da atuação de um competidor no mercado nacional.[1207]

Para aferir o significado jus-econômico que as circunstâncias típicas dos delitos de *abuso do poder econômico* exigem como conteúdo, e pelo qual foram incriminadas, é necessário proceder a um juízo valorativo para a compreensão desses dados da realidade econômica. Antes, porém, de se estabelecer as diretrizes para a exegese valorativa desses

---

[1205] Sobre esse entendimento, por toda a doutrina, confira-se: OLIVEIRA JUNIOR. *Op. cit*., 2008, p.165/167. Com efeito, o referido autor (*op. cit*., 2008, p. 165 e 166) aduz que: "[...] *abuso do poder econômico* é o *nomen iuris* que se pode atribuir – genericamente – aos comportamentos tipificados nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei 8.137/1990 [...]". E mais adiante conclui: "[...] mediante os comportamentos subsumíveis às figuras encartadas nos dispositivos que seguem ao *tipo fundamental* lineado no inc. I do art. 4º − incluídas as constantes nos arts. 5º e 6º (*delitos-meio*) −, o agente intenciona, *abusando do poder econômico* que detém, *dominar mercado relevante ou eliminar a concorrência* (*delito-fim*)".

[1206] A respeito do caráter valorativo da circunstância concreta de *abuso do poder econômico*, é referência doutrinária a lição de Sérgio Bruna (*op. cit*., 2001, p. 148), nestes termos: "O conceito de abuso do poder econômico, como referido, enquadra-se na categoria dos *conceitos jurídicos indeterminados*, eis que a definição do que seja um *abuso do poder econômico* não repousa no exame de dados precisos, extraídos da realidade. Exige, ao contrário, a conjugação de inúmeras variáveis, em grande extensão imprecisas. Por esta razão, e dado o caráter eminentemente casuístico da análise *antitruste*, será sempre mais fácil identificar os extremos de abuso ou de exercício regular do que as situações intermediárias. Estas, porém, em relação àquelas, representarão sempre a maioria dos casos".

[1207] Nesse sentido, Rodolfo Tigre Maia (*op. cit*., 2008, p. 149), ao comentar os elementos do tipo do art. 4º da Lei 8.137/1990, assim conclui: "Não só os núcleos constantes do tipo, seja aquele que expressa a ação nuclear (abusar) ou os que refletem resultados por ele pressupostos (dominar e eliminar), como os próprios elementos vinculados a estas atividades (ordem econômica, poder econômico,ajuste ou acordo de empresas, mercado e concorrência) remetem à inevitável integração valorativa para que se possa constatar sua ocorrência efetiva na vida real".

dados, é necessário promover a classificação do *abuso do poder econômico* enquanto elemento normativo do tipo penal, haja vista o modo de sua interpretação variar conforme a sua qualificação dogmática.

Adotando-se como critério classificatório dos elementos normativos do tipo a concepção de Erik Wolf,[1208] Edmundo Mezger[1209] e Karl Engisch,[1210] pode-se classificar o *abuso de poder econômico* como segue adiante:

a) Abuso do poder econômico como elemento normativo juridicamente já valorado

Classifica-se assim quando as hipóteses fáticas descritas nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei penal econômica nº 8.137/1990 correspondem exatamente àquelas previstas nos arts. 20 e 21 da Lei antitruste nº 8.8884/1994, que descrevem as infrações à ordem econômica nacional.

Nesses casos, o abuso do poder econômico já possui uma significação jurídica (extrapenal) preexistente e o juízo valorativo para a determinação de sua ocorrência e conteúdo realiza-se por meio da aplicação de uma norma jurídica de modo, quase, silogístico, como sói acontecer em relação aos elementos objetivos do tipo penal,[1211] porquanto apenas compreensíveis em conexão com o mundo do Direito.[1212] Com efeito, Erik Wolf[1213] ensina que para a interpretação desses elementos normativos do tipo com valoração preexistente em outras normas jurídicas não se concede ao intérprete nenhuma margem de discricionariedade subjetiva, pois a compreensão desses conceitos normativos deve ocorrer conforme o sentido estabelecido pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, para identificar a ocorrência do abuso do poder econômico nas hipóteses em que a situação penalmente típica coincide com uma previsão inserta nos dispositivos da Lei antitruste nº 8.884/1994, o intérprete precisa buscar no direito antitruste o significado das circunstâncias que concretizam o injusto penal, mormente na jurisprudência do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que é o órgão legalmente competente para julgar a existência ou inocorrência de exercício abusivo do poder econômico.

Assim, pode-se asseverar que a interpretação dos tipos penais antitruste da Lei penal econômica nº 8.137/1990 tem nas decisões do CADE a sua fonte primária de valoração

[1208] WOLF. *Op. cit*., 2005, p. 115/118.
[1209] MEZGER. *Op. cit.*, 1935, p. 321/322.
[1210] ENGISCH. *Op. cit.*, 2001, p. 212/213.
[1211] BACIGALUPO. *Op. cit*., 2005, p. 203/204.
[1212] ENGISCH. *Op. cit.*, 2001, p. 212.
[1213] WOLF. *Op. cit*., 2005, p. 116/117.

(confirmações valorativas), já que o intérprete deve recorrer ao juízo de aplicação das normas antitruste (Lei nº 8.8884/1994) para verificar a ocorrência de abuso do poder econômico necessário aos crimes contra a livre concorrência.

Sob esse prisma, as decisões do CADE constituem a fonte originária da interpretação dos conceitos jurídicos constantes nas normas do direito concorrencial a respeito do exercício regular ou abusivo do poder econômico, que na intervenção penal antitruste são representados pelos elementos normativos no tipo penal. Portanto, é nas decisões do CADE que se pode identificar a ocorrência do conteúdo dos elementos normativos que caracterizam os delitos contra a livre concorrência (delitos de abuso do poder econômico) da Lei nº 8.137/1990.

Nas hipóteses do abuso do poder econômico como conceito normativo juridicamente já valorado, as decisões do CADE representam, previamente, o juízo valorativo necessário à confirmação da tipicidade (ou da atipicidade) penal da prática anticompetitiva.

A interpretação dos tipos penais antitruste por meio da teoria da adequação econômica da conduta consiste em excluir do âmbito de sua punitividade as ações restritivas à concorrência cuja realização não se encontra proibida em face dos limites da liberdade econômica inata à ordem econômica capitalista.

A partir dessa premissa, a teoria da adequação econômica restringe a incidência das normas penais antitruste à medida que declara inexistir crime contra a livre concorrência quando uma decisão do CADE julgou que a prática concorrencial não consiste em exercício abusivo do poder econômico. Nessas hipóteses, há a exclusão da tipicidade penal porque a teoria da adequação econômica indica que a ação constitui uma conduta economicamente adequada, já que o significado econômico desvalorado, inerente ao elemento do tipo penal antitruste, não se verificou na realidade cultural jus-econômica.

b) Abuso do poder econômico como elemento normativo em sentido estrito (*carente* de valoração)

O abuso do poder econômico classifica-se assim quando não há correspondência entre as situações previstas nos dispositivos penais antitruste (arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990) e aquelas previstas na lei antitruste (arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994) ou quando inexistir uma valoração (determinação de conteúdo) já preestabelecida ou consagrada no direito antitruste (*v.g.*, ausência de manifestação do CADE sobre o caso concreto ou inexistência de precedentes jurisprudenciais do CADE sobre o assunto).

Nessas hipóteses, a compreensão dos casos de abuso do poder econômico requer uma valoração "mais ou menos subjetiva", uma vez que o legislador não fixou juridicamente seu significado[1214] e por isso sua determinação exige uma genuína valoração do intérprete (juízos ou afirmações valorativas), baseada nas concepções existentes na realidade cultural (jus-econômica) representada pelos elementos normativos que materializam o injusto penal antitruste.[1215] Nesses casos, a ocorrência do abuso do poder econômico que manifesta o injusto penal deve ser determinada, caso a caso, por meio de um juízo valorativo sobre os dados da realidade cultural (jus-econômica). Contudo, Karl Engisch[1216] adverte que, apesar da discricionariedade, a valoração não deve resultar em uma conclusão eminentemente pessoal do intérprete. Esses elementos normativos impõem ao intérprete a tarefa de identificar a valoração preexistente. Significa dizer que a lei não deseja a sua concepção eminentemente pessoal, mas o juízo valorativo aceito como válido na realidade cultural a que se referem esses elementos normativos. Assim, o intérprete não pode substituir essa concepção objetiva pressuposta e objetivada pela lei penal por uma conclusão exclusivamente de caráter pessoal.

Nesse contexto, a determinação do abuso do poder econômico, como elemento normativo carente de valoração, realiza-se através de um juízo valorativo baseado nas concepções juse-conômicas predominantes a respeito da pratica concorrencial valorada.[1217]

Para evitar que condutas economicamente adequadas (toleradas ou até mesmo promovidas, como as empresarialmente eficientes) sejam alcançadas pelo raio de punitividade das normas penais antitruste, deve-se aplicar a teoria da adequação econômica da conduta como instrumento para interpretar restritivamente os elementos normativos do tipo penal antitruste com vistas a excluir do âmbito do injusto penal toda prática concorrencial realizada em conformidade com a liberdade de iniciativa e concorrencial estatuída pela ordem econômica constitucional.

Para verificar a ocorrência do significado reprovável abrangido pelos elementos normativos do tipo penal econômico, a teoria da adequação econômica parte da premissa de que a intervenção penal antitruste não considera delito toda sorte de prática concorrencial que implique restrição à concorrência, uma vez que os bens jurídicos se correlacionam

---

[1214] WOLF. *Op. cit.*, 2005, p. 118.
[1215] MEZGER. *Op. cit.*, p. 321/322.
[1216] ENGISCH. *Op. cit*., 2001, p. 236/238.
[1217] Sobre a interpretação dos elementos normativos do tipo antitruste, contudo sem classificá-los como acima, Gonçalo Oliveira Júnior (op. cit., 2008, p. 124) aduz que: "A compreensão do significado desses *elementos normativos* fica a depender de conhecimentos *jurídicos* e *extrajurídicos*, os quais deverão ser extraídos do Direito Constitucional, do Direito Econômico, do Direito Concorrencial, e, quando não, das ciências econômicas, circunstância que muita vez embaraça a correta aplicação da lei".

funcionalmente (provocando e sofrendo menoscabo) no desenvolvimento cotidiano dos processos econômicos. Assim, compete ao intérprete verificar até que limites o Direito admite a realização da atividade econômica de modo positivo ao funcionamento do mercado.

A realização de uma prática restritiva da concorrência sem ultrapassar os limites normais da liberdade de atuação econômica em um mercado capitalista infirma o desvalor jurídico-penal inerente aos elementos normativos dos tipos penais antitruste. As práticas concorrenciais restritivas à concorrência são consideradas economicamente adequadas quando sua realização se mantém dentro dos limites de perigo e lesão reconhecidos como essenciais ao regular funcionamento do mercado nacional, apesar da afetação ao bem jurídico livre concorrência.

Nesses casos, a normalidade e a essencialidade da prática concorrencial impedem que sua anticompetitividade constitua o desvalor exigido pelos elementos normativos das normas penais incriminadoras antitruste, ou seja, verifica-se a ausência de exercício abusivo do poder econômico. De fato, há uma conduta economicamente adequada em decorrência de seu significado valorado positivamente pela ordem econômica constitucional, em vez da ocorrência do elemento normativo necessário à confirmação da tipicidade dos comportamentos que devem configurar crime contra a livre concorrência. Efetivamente, a restrição à concorrência decorrente da realização de uma conduta economicamente adequada não constitui um injusto penal, porque não corresponde ao exercício abusivo do poder econômico indicado pelos elementos normativos dos tipos penais antitruste.

Cumpre salientar que Carlos Martinez-Buján Perez obtém essa mesma conclusão, apesar de empregar a noção de risco permitido do funcionalismo penal, *in verbis*:

> [...] o risco permitido cobra uma ampla operatividade na esfera do Direito penal socioeconômico, desde o momento em que em um modelo de economia de mercado resulta consubstancial ao adequado funcionamento do sistema econômico à realização de atividades perigosas para bens jurídicos. Os benefícios que estas atividades podem reportar para a sociedade faz que, se se mantêm dentro de determinados limites e se se respeitam as referidas medidas de precaução e de controle, o Direito as considere legítimas, ainda que sejam aptas para vulnerar o bem jurídico e ainda que sejam realizadas com conhecimento dessa atitude.[1218]

[1218] MARTINEZ-BUJÁN PEREZ. *Op. cit*., 2007, p. 289.

Confira-se este julgado do STJ - Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Min. Assis Toledo, no qual é evidente a exigência de demonstração do desvalor do elemento normativo *abuso do poder econômico* para a configuração do injusto penal antitruste:

> Elevação abusiva de preços valendo-se de monopólio ou situação dominante no mercado (Lei 8.137/90, art. 4º, VII, com redação determinada pelo art. 85 da Lei 8.884/1994). Crime que não se confunde com a mera elevação isolada de preços de produtos fartamente existentes no mercado. A denúncia, no caso, para ser válida, deve demonstrar o abuso de monopólio ou de posição dominante no mercado. (STJ, RHC, rel. min. Assis Toledo , RT 715/526)[1219]

Pode-se constatar também essa concepção no seguinte precedente jurisprudencial:

> Crimes contra a ordem econômica – art. 4º, V, da Lei 8.137/90 − Descaracterização – aumento de preços praticados por todas as empresas que comercializam o produto, inocorrendo dano a firmas concorrentes – Não há que se falar em infração ao art. 4º, V, da Lei 8.137/90, se o aumento de preços é praticado por todas as empresas que comercializam o produto, pois se todas elas, conjuntamente, majoram o valor não há como configurar-se o dano a firmas concorrentes. Alem do mais, o ilícito sobredito ampara, especificamente, a concorrência entre comerciantes, fato preponderante na lei do mercado, exigindo para sua materialização um liame nocivo, entre si, de prestadores de serviços ou bens, e não relacionamento entre consumidores e sociedades mercantis. [...] (TJPB - C. Crim. – Ap. 99.006414-9, DJPB: 14.11.2000, RT 788/663)[1220]

De outro lado, cabe reconhecer que o desvalor dos elementos normativos do tipo penal antitruste também não se verifica quando a posição privilegiada no mercado ou a vantagem econômica provém da eficiência empresarial do agente econômico, não prejudiciais aos bens jurídicos tutelados pela intervenção penal antitruste.

A eficiência econômica – decorrente, por exemplo, do crescimento da empresa, da qualidade ou superioridade tecnológica do produto ou de estratégias eficientes – apresenta o *status* de princípio no direito antitruste, podendo ser considerada como excludente de tipicidade penal, por força do art. 20, § 1º, da Lei nº 8.884/1994, impedindo a reprovação da conduta prejudicial à concorrência em razão da normalidade do exercício do poder econômico na conquista ou manutenção de um setor do mercado ou de vantagem econômica diante dos demais competidores.

Ressalte-se que a eficiência econômica de um agente impõe aos demais concorrentes uma atuação também mais eficiente no mercado, ensejando assim o desenvolvimento da

[1219] PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 56.
[1220] PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 56.

economia nacional. Portanto, as condutas economicamente eficientes não devem ser punidas, sob pena de se provocar ineficiências tão significativas quanto aquelas decorrentes do exercício abusivo do poder econômico que a tutela antitruste visa evitar.

Assim, verifica-se que o significado e a função da conduta economicamente eficiente são necessários ao desenvolvimento do mercado nacional, não correspondendo portanto ao exercício abusivo do poder econômico indicado pelos elementos normativos dos tipos penais antitruste e sendo imprescindível à materialização do injusto penal econômico.

Em síntese, inexiste abusividade no exercício do poder econômico quando o agente o exerce por meio de práticas consideradas economicamente adequadas por sua normalidade e imprescindibilidade na vida econômica ou a situação mais vantajosa no mercado decorre de sua maior eficiência econômica. São hipóteses de condutas economicamente adequadas, que têm significado econômico positivamente valorado e mostram-se funcionalmente necessárias ao desenvolvimento da economia nacional, conquanto possam afetar bens jurídicos implicados em sua realização.

De fato, o significado de uma conduta economicamente adequada não corresponde ao conteúdo desvalorado exigido pelos elementos normativos do tipo penal antitruste que descrevem os crimes de abuso do poder econômico (Lei nº 8.137/1990, arts. 4º, 5º e 6º), haja vista a sua valoração positiva e sua essencialidade à ordem econômica constitucional.

A teoria da adequação econômica permite interpretar restritivamente os tipos penais antitruste para excluir a tipicidade penal das condutas economicamente adequadas, isto é, práticas concorrenciais realizadas com eficiência econômica ou que se mantêm dentro dos limites normais da liberdade econômica capitalista, segundo uma dimensão funcional dos bens jurídicos.

7.2.2 A teoria da adequação econômica da conduta em face da ilicitude penal antitruste

A aplicação da teoria da adequação econômica tem natureza de excludente de ilicitude nas hipóteses em que determina a sua exclusão em razão da existência de uma autorização administrativa referente a conduta típica (decisões do CADE como justificante extrapenal) ou a valoração jus-econômica da ação confirma que inexiste ilicitude material, pois o comportamento é análogo a outros para os quais existe uma previsão legal autorizativa, configurando-se assim como uma justificante supralegal na tutela penal antitruste.

7.2.2.1 Ilicitude penal: aspectos conceituais

A ilicitude é um dos temas maior destaque na teoria geral do Direito, uma vez que consiste em categoria jurídica comum a todos os ramos do Direito e apresenta várias implicações de natureza jusfilosófica.[1221] Contudo, é no direito penal que a teoria da ilicitude adquiriu maior refinamento doutrinário, haja vista ser este ramo jurídico essencialmente de ilicitudes.[1222] Efetivamente, a teoria da ilicitude no direito penal tem por finalidade determinar as condições nas quais uma ação típica deve ser considerada contrária ao Direito e merecedora de uma sanção criminal.

Cabe salientar que não existe uma conduta que seja naturalmente ilícita, porquanto sua ilicitude decorre de sua contrariedade ao comando de uma norma jurídica e para a qual o Direito prevê uma sanção.[1223] A ilicitude é a contrariedade de um fato em relação às exigências do Direito, mais precisamente o contraste entre o fato e a norma penal (proibitiva/imperativa). A lei penal impõe a sanção em decorrência dessa qualidade do comportamento contrário ao Direito. Significa dizer que para a configuração da responsabilidade penal não basta que a ação seja típica, pois exige-se ainda sua antijuridicidade e a reprovabilidade pessoal do autor para que se tenha o fato punível e se lhe possa aplicar a reprovação do Direito.[1224]

Não se pode afirmar com precisão quem teria empregado primeiramente o termo antijuridicidade. Sabe-se que Tiberius Decianus, em seu *Tratactus Criminalis* (1591), formulou-a como um pressuposto independente do delito.[1225] Até o final do século XVIII as legislações criminais e, também, a doutrina penal desconheciam seu conceito geral e diferenciado. Geralmente, a ilicitude era confundida com a culpabilidade. No máximo destacavam-se as justificantes mais conhecidas (legitima defesa e estado de necessidade), embora vinculadas ao crime de homicídio e não como excludentes genéricas extensíveis a todas as espécies de delito. Contudo, ainda no século XVIII Böhmer tentou estabelecer um conceito específico para antijuridicidade , que superando a doutrina casuística de Carpzov,

---

[1221] BRANDÃO. *Op. cit*., 2001, p. 85. Nesse sentido, Rafael Márquéz Piñero (**Teoría de la antijuridicidad**. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 1) aduz que: "Sem dúvida, a problemática em torno da antijuridicidade constitui um dos tópicos mais delicados e complexos dentro do âmbito jurídico-penal."

[1222] LUNA. *Op. cit*., 1985, p. 112.

[1223] BRANDÃO. *Op. cit*., 2001, p. 86.

[1224] BRUNO. *Op. cit*., 2003, p. 223.

[1225] BALCARCE, Fabián I. **La antijuridicidad penal: principios generales**. Córdoba/Argentina: Editorial Mediterránea, 2001, p. 47.

distinguia entre a exclusão do homicídio por legítima defesa e por dolo, iniciando assim um novo caminho para a investigação do injusto.[1226]

Salienta-se que o Código Penal da Baviera (1813) já empregava a expressão em diversos dispositivos ao mencionar o "dolo antijurídico" e exigir que o agente devia ser "consciente da antijuridicidade". Constata-se ainda que Anselm von Feuerbach, ao comentar aquele estatuto penal, também se referia às "ações antijurídicas individuais". No entanto, a noção técnica de antijuridicidade somente apareceu a partir de 1867, quando von Ihering formulou o conceito de injusto como mera contradição objetiva com o ordenamento jurídico, do qual se origina a concepção da antijuridicidade objetiva no direito penal.[1227]

Segundo a lição de Hans Welzel[1228], a independência da ilicitude como categoria específica do delito é de data recente, pois remonta ao trabalho de von Ihering intitulado *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht,* de 1867. Entende, Hans Welzel, que essa concepção de ilicitude pertence àqueles "conceitos fundamentais simples de validade universal, no sentido dos métodos de pensamento incondicionalmente necessários de nossa ciência".[1229]

Rudolf von Ihering formulou a concepção autônoma da antijuridicidade ao perceber a diferença de posição entre o possuidor de boa-fé (que apesar de realizar fato antijurídico não é penalmente culpável em razão dessa circunstância pessoal) e o ladrão (que pratica ato antijurídico e culpável no direito penal). Assim, constatou-se a existência de uma contrariedade objetiva e outra subjetiva ao ordenamento jurídico. A partir dessa dicotomia desenvolveu-se a teoria da antijuridicidade como expressão da contrariedade objetiva ao Direito, enquanto a culpabilidade passou a indicar os elementos subjetivos do delito.[1230]

Entretanto, Franz von Liszt foi quem, na segunda edição de seu *Tratado de direito penal alemão* (1884), desenvolveu pela primeira vez, claramente, a separação entre a antijuridicidade e a culpabilidade, conforme os critérios objetivos e subjetivos.[1231] De fato, é

[1226] TAVARES. *Op. cit.,* 2000, p. 148. Juarez Tavares (*op. cit*., 2000, p. 148) menciona que no direito anglo-americano nessa época já havia a distinção entre justificantes e exculpantes, mas que essa diferenciação jamais teve qualquer aplicação prática porque o juízo de culpabilidade sempre prevaleceu sobre o da ilicitude.

[1227] BALCARCE. *Op. cit*., 2001, p. 47.

[1228] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 57.

[1229] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 58.

[1230] BITENCOURT. *Op. cit*., 2008, p. 293/294.

[1231] WELZEL. *Op. cit*., 2002, p. 72. Sobre a formulação da antijuridicidade como categoria autônoma no direito penal, Esteban Righi (**Antijuridicidad y justificación**. Buenos Aires: Ediciones Lumiere, 2002, p. 19) aduz que: "A distinção entre injusto e culpabilidade tem origem em Ihering, mas corresponde a Binding o mérito de haver dado um significado autônomo à antijuridicidade, consequência de sua conhecida afirmação de que

devido a Franz von Liszt[1232] o mérito pela exata compreensão da ilicitude como elemento autônomo na estrutura do delito, como se pode inferir do seu conceito de delito como ação injusta, nestes termos: "Como injusto, o crime, do mesmo modo que o delito civil, é ilegal, ou por termos é a transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica", e "só excepcionalmente e por causas especiais é lícita a lesão de interesses juridicamente protegidos." [1233]

São oportunas as considerações de Juarez Tavares sobre o tema:

> o conceito de antijuridicidade como tal somente começou a despontar no século passado, mas sob perspectivas diversas. Por um lado, através da incursão de VON IHERING no direito civil romano tornou-se possível diferenciar entre as conseqüências de um ato ilícito e de um ato culpável. Por outro, através da evolução dogmática, primeiramente com a contribuição de MERKEL e sua teoria dos elementos negativos do tipo, depois, de BINDING com a acepção do delito como ato contrario à norma, mas não à lei e, finalmente, de VON LISZT como o conceito de antijuridicidade formal, se pôde compreender que o delito estava situado em correlação com as normas da ordem jurídica.[1234]

A antijuridicidade passou a representar a qualidade negativa atribuída à conduta penalmente típica, expressando a contrariedade do comportamento com o conjunto de normas proibitivas do sistema jurídico.[1235]

No que se refere à localização da antijuridicidade na estrutura do crime, o melhor entendimento é o que a considera como elemento do delito.[1236] De fato, Ernst von Beling[1237] já destacava que a antijuridicidade é um elemento do crime e o pressuposto geral da sanção criminal, pois enquanto uma conduta típica não contraria o sistema jurídico não há de se falar em fato penalmente punível.[1238] Assim, a antijuridicidade como elemento do crime se refere a qualidade do fato de ser contrário ao Direito e não deve ser confundida com o fato antijurídico, pois esse é o comportamento qualificado como antijurídico.[1239]

---

a ação punível não contradiz a lei penal senão a norma que conceitualmente a precede, de modo que a teoria do injusto somente pode ser apreciada examinando o conteúdo das normas".

[1232] TAVARES. *Op. cit.*, 2000, p. 150.

[1233] LISZT. *Op. cit.*, 2003a, p. 236/239.

[1234] TAVARES. *Op. cit.*, 2000, p. 149.

[1235] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/Editora Lumen Juris, 2005, p. 146.

[1236] BRANDÃO. *Op. cit.*, 2001, p. 91.

[1237] BELING. *Op. cit.*, 1944, p. 21/22.

[1238] Nesse sentido: MAYER. *Op. cit.*, 2007, p. 10 e segs.; MEZGER. *Op. c*it., 1935, p. 279 e segs.; WELZEL. *Op. cit.*, 2002, p. 57 e segs.

[1239] PETROCELLI, Biagio. **L'Antigiuridicitá**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1955, p. 4/5.

Em relação à terminologia, as expressões antijuridicidade e ilicitude são termos sinônimos na doutrina penal. Porém, o Código Penal brasileiro adotou em seus dispositivos o termo ilicitude na reforma de sua Parte Geral em 1984. A esse respeito, Francisco de Assis Toledo[1240] argumenta que é um equívoco linguístico chamar de antijurídica uma criação do Direito, o delito, que é essencialmente jurídico.

Não obstante, a concepção e o conteúdo da ilicitude como elemento do crime dependem da teoria da ação penal adotada, haja vista cada uma dessas linhas de pensamento jurídico-penal conceber a ilicitude e o injusto penal de forma particular.

Para Hans Welzel,[1241] o ordenamento jurídico, por meio de normas jurídicas, tutela uma ordem valorosa da vida social, e a prática de uma conduta humana contrária a essas normas configura a realização antijurídica do tipo penal. Em face disso, preleciona que a ilicitude é um *juízo de desvalor* sobre a conduta típica.

Confira-se o magistério de Hans Welzel:

> A antijuridicidade é um juízo de desvalor objetivo, ao recair sobre a conduta típica e realizar-se com base em um critério geral: o ordenamento jurídico. O objeto que é considerado antijurídico, ou seja, a conduta típica de um homem constitui uma unidade de elementos do mundo exterior (objetivo) e anímicos (subjetivos).[1242]

Assim, pode-se concluir que a ilicitude é uma qualidade atribuída à conduta humana que se encontra em contradição com o ordenamento jurídico.[1243] É, pois, decorrente da relação de contrariedade entre a conduta e o Direito. Com efeito, Hans Welzel ensina que a "antijuridicidade é a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto".[1244] Por outro lado, no que tange à relação tipo/ilicitude, a teoria finalista retomou a concepção do neokantista Max Mayer[1245] no sentido de considerar a tipicidade penal como indiciária (*ratio cognoscendi*) da ilicitude.[1246]

[1240] TOLEDO. *Op. cit*., 2000, p. 160. De fato, Francisco Assis Toledo (*op. cit*., 2000, p. 160) aduz que: "Andou bem, portanto, o legislador de 1984, no particular, ao retomar a melhor tradição portuguesa, contribuindo para afastar, segundo se espera, daqui por diante, o equívoco lingüístico que parece ter sido fruto de importação de uma tradução pouco precisa da palavra composta alemã *Rechtswidrigkeit*, que significa, literalmente, *contrariedade ao direito* (não ao jurídico). Com efeito, 'ilicito é o fato que contraria o ordenamento jurídico' ".

[1241] WELZEL. *Op. cit.,* 2006, p. 75.

[1242] WELZEL. *Op. cit*, 2006, p. 76.

[1243] WELZEL. *Op. cit.*, 2006, p. 77.

[1244] WELZEL. *Op. cit.*, 2006, p. 75.

[1245] MAYER. *Op. cit*., 2007, p. 12, 227 e 228.

[1246] WELZEL. *Op. cit.*, 2006, p. 89.

Para constatar a ilicitude, emprega-se um método que consiste na verificação da existência – ou ausência – de uma norma permissiva em relação à conduta típica praticada. A conduta será qualificada como antijurídica se não houver uma norma que a justifique, como bem destaca o próprio Hans Welzel:

> [...] com a realização do tipo de uma norma proibitiva, a ação é antijurídica enquanto não seja aplicável nenhum preceito permissivo.
> Uma vez comprovada a realização do tipo, a antijuridicidade pode ser averiguada por um procedimento puramente negativo: mediante a constatação de que não concorre nenhum preceito permissivo (causa de justificação).[1247]

Efetivamente, uma conduta típica é considerada antijurídica quando não há uma causa de justificação que lhe exclua a antijuridicidade.[1248]

As causas de justificação se referem àquelas hipóteses nas quais o agente atua sob os auspícios de uma norma jurídica permissiva, isto é, em conformidade com o Direito. Nesses casos não se configura o desvalor que qualificaria o fato como contrário ao Direito, restando assim excluída a antijuridicidade da conduta típica.[1249] As causas de justificação são encontradas em todo o sistema jurídico, sendo portanto indiferente que a conduta típica esteja autorizada por uma norma penal ou extrapenal. Significa dizer que as autorizações ou permissões, que constituem eximentes penais, surgem tanto de normas do direito penal como dos demais ramos jurídicos.[1250]

7.2.2.2 A concepção material da ilicitude penal como exigência do injusto penal econômico

A noção de ilicitude penal material indica ao legislador[1251] 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.[1252] A concepção material da ilicitude penal foi

[1247] WELZEL. *Op. cit.*, 2006, p. 94.
[1248] ROXIN. *Op. cit.*, 2006, p. 557.
[1249] BRANDÃO. *Op. cit.*, 2001, p. 106.
[1250] DOHNA. *Op. cit.*, 1958, p. 44/45; RIGHI. *Op. cit.*, 2002, p. 29/30.
[1251] Nesse sentido, Hans Jescheck (*op. cit.*, 1993, p. 211) aduz que: "A contemplação material da antijuridicidade indica assim por quais razões o legislador cominou com pena um determinado comportamento, como lesão intolerável da ordem da comunidade, e revela, ademais, que neste caso concreto o fato pugna com ditas razões".
[1252] BRUNO. *Op. cit.*, 2003, p. 224/225. A esse respeito são oportunas as considerações de Cláudio Brandão (*op. cit.*, 2001, p. 97), nestes termos: "A antijuridicidade material transcende o Direito. Ela preexiste a ele,

inicialmente formulada por Franz von Liszt[1253], ao tempo que se passou considerar com antijurídica a conduta que lesiona ou põe em perigo um determinado bem jurídico.[1254] Todavia, o refinamento teórico da ilicitude penal material deve-se à dogmática penal neokantista, que desenvolveram seus fundamento dogmáticos vinculada ao prejuízo social causado pelo fato punível e a definiram como danosidade social.[1255]

A ilicitude penal material é a qualidade negativa da conduta típica que contraria o Direito, porquanto lesiona efetivamente o bem jurídico tutelado pela norma penal violada. É considerada 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.[1256] Significa dizer que uma conduta que se ajusta a um tipo penal somente é formalmente ilícita quando também materialmente ilícita.[1257]

Com efeito, uma conduta é materialmente antijurídica à medida que manifesta uma concreta lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma penal infringida e a que não se pode reprimir suficientemente com meios extrapenais.[1258]

A aceitação da concepção material da ilicitude penal tem considerável importância prática, a saber: a) permite escalonar o injusto penal segundo sua gravidade para fins de graduação da severidade da pena criminal; b) possibilita a interpretação do tipo penal segundo seus fins e representações valorativas que lhe servem de base; c) indica que uma ação lesiva a um bem jurídico é socialmente desvaliosa porque provoca mais dano que benefício; d) possibilita fixar legalmente as causas de exclusão de ilicitude e reconhecer as justificantes supralegais.[1259]

A teoria da adequação social da conduta é um relevante critério de verificação da presença ou ausência da ilicitude penal material na realização de uma conduta, uma vez que não deve ser considerado ilícito um comportamento que não apresenta um significado antissocial. Assim, inexiste a ilicitude material quando um fato típico não corresponde ao significado antissocial indicado pela norma penal transgredida. Então, não se deve declarar

---

devendo o legislador atender à formalização da antijuridicidade material a fim de que o Direito Penal corresponda às exigências da sociedade. Sem a mencionada formalização da antijuridicidade não é possível falar-se em existência de delito, por força do principio *nullum crimen nulla poena sine lege*".

[1253] LISZT. *Op. cit*., 2003a, p. 236/237.
[1254] TAVARES. *Op. cit.*, 2000, p. 150.
[1255] RIGHI. *Op. cit*., 2002, p. 20.
[1256] TOLEDO. *Op. cit.*, 2000, p. 162.
[1257] DOHNA. *Op. cit*., 1958, p. 45.
[1258] ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 558.
[1259] JESCHECK. *Op. cit*., 1993, p. 211/212; ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 559/560; RIGHI. *Op. cit*., 2002, p. 20/21.

como ilícito o comportamento, embora subsumido à descrição legal do tipo penal, que configura uma conduta não desvalorada socialmente como injusta.[1260]

No direito penal econômico, entende-se que é necessária a ilicitude penal material da conduta típica para configuração do injusto penal, a qual radica na danosidade social que a infração acarreta à ordem econômica e à sociedade.[1261] Destarte, em decorrência da premissa da competitividade inata 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.

Não obstante, destaca-se que a ilicitude penal material não se resume apenas à mera danosidade social, mas abrange também um significado de contraposição aos fins da ordem jurídica.[1262] Assim, a ilicitude penal econômica, segundo essa concepção material, configura-se quando a antissocialidade da conduta se manifesta em danosidade socioeconômica e contrariedade aos fins da ordem econômica nacional.

A intervenção penal antitruste visa 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 delito 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.

A ilicitude material exprime o caráter antissocial da conduta típica, que se manifesta na contradição do fato com o interesse econômico protegido pela norma penal. A concepção material da ilicitude penal tem como núcleo o contraste entre o comportamento e as condições existenciais da vida econômica,[1263] 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.[1264]

[1260] Sobre as relações entre ilicitude penal material e a teoria da adequação social, veja-se: ROLDÁN BARBERO. *Op. cit.*, 1992, p. 31/32; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. **El princípio de la antijuridicidad material: regulación y aplicación.** Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, p. 75/81.

[1261] COSTA, José de Faria. O direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. *In* **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 416.

[1262] FERRARI. *Op. cit*., 2005, p. 427. O referido autor se baseia na concepção de Alexander Graf Zu Dohna (*op. cit.*, 1958, p. 45, e, especialmente: *op. cit*., sem data, p. 47/51), que considera a ação materialmente ilícita quando não se constitui como um meio justo para um fim justo.

[1263] Alexander Graf Zu Dohna (**La ilicitud. La estrutura de la teoría del delito**.Buenos Aires: Editorial Librería El Foro, sem data, p. 17) ensina que uma conduta é ilícita quando viola um preceito jurídico e lesiona um bem jurídico e somente viola o Direito quando lesiona o bem jurídico tutelado pela norma. Vale conferir a lição nas palavras do próprio autor: "Se uma ação lesiona um bem protegido pelo Direito, somente pode

Nesse contexto, a teoria da adequação econômica da conduta, ao interpretar o injusto penal segundo seu significado antieconômico, permite verificar a ausência ou a presença da ilicitude penal material. A ilicitude penal econômica inexiste quando a conduta típica, apesar de restringir a livre concorrência, promove o desenvolvimento econômico e não contraria os fins da ordem econômica nacional.

7.2.2.3 As decisões do CADE como justificante penal

O direito antitruste contém instrumentos (hermenêuticos e normativos) destinados a evitar que a tutela da livre concorrência desempenhe uma função oposta àquela pretendida em suas normas, resultando assim na criação de obstáculos ao desenvolvimento econômico nacional, ao aumento de seu grau de competitividade ou ainda à distribuição dos bens e serviços.[1265] Esses institutos jurídicos têm sua origem na Regra da Razão (*Rule of Reazon*) do direito antitruste norte-americano.

A Regra da Razão provém da *Commom Law*, que tem como premissa que onde não há a razão não há direito. Na esfera da tutela antitruste, a Regra da Razão passou a ser empregada para qualificar a legitimidade das práticas econômicas,[1266] à medida que reclama a demonstração de que o acordo ou manobra concorrencial acarreta prejuízo ao mercado.[1267] Em 1911 a Suprema Corte norte-americana abandonou a interpretação literal dos dispositivos do *Sherman Act* e aplicou, pela primeira vez, a Regra da Razão no julgamento do processo *Standard Oil Co. of New Jersey,* 221 U.S., p. 1 (1911), cuja ementa da decisão assim enuncia: "A lei antitruste de 2 de julho de 1890 deve ser construída sob a luz da razão; e, assim construída, proíbe todos os contratos e combinações que acarretem uma desarrazoada e indevida restrição do comércio e do intercâmbio interestadual".[1268] Conforme esse entendimento, apenas as práticas concorrenciais desarrazoadas e indevidas (*rectius*: prejudiciais) devem ser consideradas abusivas e passíveis de punição.

---

consegui-lo mediante a infração da norma protetora e vice-versa: semelhante conduta só pode infringir dita norma protetora lesionando o interesse protegido por ela".

[1264] BRUNO. *Op. cit*., 2003, p. 223/224; BRANDÃO. *Op. cit*., 2001, p.97.

[1265] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 200/201.

[1266] VILLEGAS CAYON. *Op. cit*., 1970, p. 36/37. Por sua vez, João Bosco Fonseca (*op. cit*., 2007, p. 18) ensina que a Regra da Razão tem seu nascimento no julgamento do caso *Mitchel vs. Reynolds*, em 1711.

[1267] MALAMUD GOTI. *Op. cit*., 1984, p. 50.

[1268] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 80. A respeito da origem da Regra da Razão no direito antitruste norte-americano, veja-se: SHIEBER. *Op. cit*., 1966, p. 72/82.

A Regra da Razão é um instrumento hermenêutico destinado a viabilizar a realização de uma determinada prática econômica, ainda que restritiva da concorrência, porquanto afasta as barreiras legais à sua concretização. Assim, são consideradas ilegais apenas as práticas que restringem a concorrência de modo não razoável, enquanto se reputam permitidas aquelas que não implicam restrição desarrazoada ao livre mercado.[1269] A respeito da aplicação da Regra da Razão, Paula Forgioni assevera que, "quando aplicada, essa regra faz com que não haja a composição do suporte fático necessário à incidência da norma que determinaria a ilicitude do ato (no caso, o art. 1º do *Sherman Act*)".[1270]

O direito antitruste brasileiro,[1271] a exemplo do norte-americano, também possui um sistema de viabilização de práticas econômicas que, conquanto restritivas da concorrência, promovem eficiências econômicas compensatórias. A tutela antitruste brasileira adotou a Regra da Razão por meio do sistema de autorização das práticas restritivas da concorrência estatuídas no art. 54 da Lei antitruste nº 8.884/1994.[1272]

O art. 54 da Lei antitruste nº 8.884/1994 faculta ao CADE autorizar a realização de práticas econômicas que geram prejuízos e restrições à livre concorrência ou à livre iniciativa, bem como domínio do mercado, desde que promovam as eficiências econômicas mencionadas no § 1º desse mesmo dispositivo legal e submetidas à apreciação desse tribunal antitruste. Assim, as práticas restritivas da concorrência são consideradas lícitas quando devidamente autorizadas pelo CADE. Dispõe a lei antitruste supramencionada que a autorização será concedida quando a prática concorrencial tiver por objetivo, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico.[1273]

Ademais, cabe salientar que as decisões do CADE que autorizam a realização de práticas econômicas restritivas e prejudiciais à concorrência têm natureza jurídica de permissão ou autorização administrativa outorgada pela autoridade estatal competente no Direito brasileiro.

No direito penal, a autorização administrativa outorgada pela autoridade estatal competente para a realização de um comportamento socialmente lesivo tem a natureza jurídico-penal de justificante penal, haja vista a ausência da ilicitude penal na conduta

[1269] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 203/208.
[1270] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 209.
[1271] Sobre a origem da Regra da Razão no direito antitruste brasileiro, veja-se: SHIEBER. *Op. cit*., 1966, p. 72/82.
[1272] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 223.
[1273] FORGIONI. *Op. cit*., 2005, p. 223/224.

típica.[1274] De fato, Franz von Liszt[1275] já destacava que uma ação não é ilícita quando realizada em virtude de uma autorização especial. Assim também Edmundo Mezger[1276] prelecionava que não se atua ilicitamente quando a autoridade administrativa competente autoriza a realização da atividade.

A esse respeito, é oportuno conferir diretamente a lição de Edmundo Mezger:

> I. A ação executada com permissão da autoridade.
> Se esta autorização foi concedida conforme o Direito pela autoridade competente no âmbito de suas atribuições, exclui o caráter antijurídico da conduta [...].[1277]

Efetivamente, a ilicitude penal da conduta típica resta excluída quando sua realização ocorre em virtude de uma autorização administrativa da autoridade estatal competente, uma vez que nessas hipóteses o direito penal privilegia a liberdade de atuar conforme o Direito.

Sendo assim, as decisões do CADE que autorizam a prática de atos de concentração econômica lesiva à concorrência têm, sob o prisma da ciência do direito penal, a natureza jurídica de causa de exclusão de ilicitude penal da conduta realizada pelo agente. Esse é o entendimento da dogmática penal, fundamentado a partir dos princípios da unicidade e coerência do Direito.

Nesse sentido, vale conferir o ensinamento de Miguel Reale Júnior[1278] que, ao ser consultado sobre eventual ilegalidade penal na realização de empréstimos bancários baseados em Resoluções normativas editadas pelo Banco Central do Brasil que autorizavam tais operações bancárias, concluiu que a realização de uma conduta em razão de uma autorização concedida pela própria Administração Pública constitui a justificante penal do exercício regular de direito, haja vista a unicidade do Direito e a exigência de ausência de antinomias entre suas normas jurídicas.

Assim, Miguel Reale Júnior pontifica:

> A autorização da prática dos atos pela autoridade administrativa competente, com base em atos normativos da própria Administração, gera para os destinatários o exercício regular de um direito.
> Só dessa maneira apresenta-se uno e coerente o ordenamento jurídico, que não se torna fragmentário diante do caráter constitutivo do direito penal, que

[1274] Nesse sentido: JESCHECK. *Op. cit*., 1993, p. 331; ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 758/762.
[1275] LISZT. *Op. cit.*, 2003a, p. 255.
[1276] MEZGER. *Op. cit*., 1935, p. 368/369.
[1277] MEZGER. *Op. cit*., 1935, p. 369.
[1278] REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 1997, p. 26/43.

> se deve submeter, na interpretação de suas normas, ao conjunto do lícito reconhecido por outros ramos do Direito, de forma a espancar antinomias e construir um todo caracterizado pela relação de compatibilidade de suas partes. [1279]

Por sua vez, Rodolfo Tigre Maia, ao tecer considerações a respeito das decisões do CADE que autorizam a prática de atos de concentração econômica, conclui da mesma forma que Miguel Reale Júnior, confira-se:

> 90. No âmbito do direito penal econômico ocorrem situações frequentes nas quais a realização de uma conduta, que poderá ser per se ensejadora de incidência do tipo penal sopesado caso esteja, respectivamente, ausente ou presente previa autorização administrativa para sua prática, terá afastada ou assegurada a existência da relação subsuntiva de tipicidade. Se na hipótese considerada o referido ato administrativo existe e se revestir de legitimidade formal e material – higidez cuja verificação inequivocadamente dar-se-á no próprio juízo penal –, conforme a estrutura normativa peculiar do tipo, ou esta conduta será penalmente atípica, ou poderá estar caracterizada uma situação de exercício regular de direito, afastando a ilicitude.[1280]

Nesses casos, as decisões autorizativas do CADE, com base no art. 54 da lei antitruste, têm o caráter de uma permissão estatal para a realização da conduta típica e se apresentam como uma justificante em face da tutela penal antitruste, por força da aplicação da teoria da adequação econômica da conduta.

Nessas hipóteses, a interpretação do injusto penal pela teoria da adequação econômica permite qualificar a prática concorrencial como conduta penalmente justificada, já que sua realização ocorre sob os auspícios de uma autorização administrativa fundamentada na aplicação do art. 54 e seus parágrafos, da Lei antitruste nº 8.884/1994, o qual faculta ao CADE o poder de autorizar a prática de um ato lesivo à concorrência quando esse produz as eficiências econômicas mencionadas no referido dispositivo legal. A decisão autorizativa do CADE reconhece que a conduta anticoncorrencial é economicamente adequada ao desenvolvimento do mercado nacional. Nesses casos, a teoria da adequação econômica atribui à decisão do CADE o caráter de justificante penal, enquanto a conduta típica autorizada se configura como exercício regular de direito, nos termos preconizados no art. 23, III, do Código Penal brasileiro.

[1279] REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 1997, p. 43.
[1280] MAIA. *Op. cit.*, 2008, p. 118/119.

7.2.2.4 A teoria da adequação econômica como justificante supralegal na tutela penal antitruste

A aceitação da concepção material da ilicitude penal tem como consequência prática para a verificação do injusto penal, a saber: a) a possibilidade de se reconhecer causas supralegais de justificação penal; b) a aplicação da teoria da adequação social da conduta como causa de exclusão da ilicitude penal material.

Não obstante o Código Penal brasileiro não se refira às justificantes supralegais, o intérprete penal não deve atribuir caráter exaustivo ao elenco das eximentes penais inserto na lei penal. De fato, as causas de justificação não se restringem às hipóteses previstas legalmente, uma vez que a evolução ou a mutação dos valores ético-sociais podem permitir reconhecer uma circunstância social como juridicamente legítima. Desse modo, o direito penal adquire maior dinamismo, ao passo que promove a despenalização de um fato social que perdeu seu caráter lesivo ou sua reprovabilidade social.[1281]

As causas de justificação supralegais são aquelas hipóteses que se referem a ausência da ilicitude penal material em razão de a concepção jurídica vigente admitir a realização da conduta típica por reconhecer a carência da sua reprovabilidade social.[1282] As justificantes supralegais são aquelas eximentes penais que existem ou podem existir à margem da lei penal, mas não de modo extrajurídico, já que a lei é apenas uma fonte formal de manifestação do Direito. Assim, toda vez que se apresenta uma circunstância que não atenta contra os valores e princípios da ordem jurídica, mas para a qual não é aplicável nenhuma justificante prevista na

---

[1281] TOLEDO. *Op. cit*., 2000, p. 164 e 171/172. Vale conferir a lição de Francisco de Assis Toledo (*op. cit*., 2000, p. 171) a esse respeito: "Em relação às denominadas causas supralegais de exclusão da ilicitude, silenciou-se a reforma penal brasileira, tal como o Código de 1940. Isso, entretanto, não deverá conduzir o intérprete a afirmar o caráter exaustivo das anteriormente citadas causas legais de justificação, como fez Bataglini, em relação ao Código italiano. É que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal".

[1282] Sobre as justificantes supralegais no direito penal brasileiro, Francisco de Assis Toledo (*op. cit.*, 2000, p. 172) ensina que apenas o consentimento do ofendido teria cabimento, uma vez que aquelas outras hipóteses indicadas pela dogmática alemã estariam abrangidas pelas justificantes legais previstas no art. 23, III, do Código Penal brasileiro (estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito), as quais inexistem no código penal alemão. Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli (*op. cit.*, 1997, p. 571) informam que a teoria das causas justificantes supralegais, em relação ao estado de necessidade exculpante, tem sua origem na dogmática penal alemã, que a formulou devido a carência do Código Penal alemão de 1871.

lei penal, deve-se reconhecê-la e declará-la como justificada supralegalemente, sob pena de se incorrer em uma injustiça e em contrariedade à idéia de Direito.[1283]

A exclusão da ilicitude penal deriva da ausência de reprovabilidade social da conduta típica ou do sentido social da ação, que embora lesiva, é valorada socialmente positiva. Cabe salientar que as justificantes supralegais podem também ser reconhecida recorrendo-se à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.[1284]

Nesse contexto, a teoria da adequação social assume a função dogmática de causa de justificação supralegal quando, ao interpretar o injusto penal, indica que a conduta concretizadora do tipo penal não apresenta a antissocialidade necessária à configuração da ilicitude penal material.[1285]

Aplicando-se a teoria da adequação social para interpretar o injusto penal constata-se que inexiste a ilicitude material na hipótese em que a conduta se subsume ao teor literal do tipo, mas materialmente, segundo o conteúdo de seu significado, não corresponde àquele sentido necessário ao delito.[1286]

Na intervenção penal econômica, a teoria da adequação social apresenta relevância como justificante porque nos domínios fluidos e céleres das relações econômicas se manifestam muitos comportamentos, apesar de lesivos, considerados socialmente (*rectius*: economicamente) adequados tanto pelo meio empregado para sua realização como pelo fim que se obtém. Com efeito, no direito penal econômico a teoria da adequação social tem a função de causa de exclusão supralegal da ilicitude penal econômica.[1287]

No direito antitruste brasileiro, o CADE possui a prerrogativa de autorizar a realização de práticas concorrenciais lesivas à concorrência quando estas atendem aos requisitos do art. 54 e seus parágrafos, da Lei antitruste nº 8.884/1994. *In casu*, a decisão autorizativa do CADE constitui uma permissão estatal que tem o caráter de justificante penal legal (especificamente,

---

[1283] RIVACOBA, Manuel de Rivacoba y. **Las causas de justificación**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995, p. 39/40.

[1284] BITENCOURT. *Op. cit*., 2008, p. 308; RIVACOBA. *Op. cit*., 1995, p. 40.

[1285] Nesse sentido: REALE JÚNIOR. *Op. cit*., 2002, p. 153/154. Faria Costa (*op. cit*., 1998, p. 420/421, nota nº 20) admite a teoria da adequação social como justificante nos seguintes termos: "[...] se os factos socialmente adequados tiverem um significado e uma função que podem ser vistos como positivos ou até como necessários à vida social, está-se, assim, a colocar o problema de um modo que não pode ser resolvido, se bem pensamos, em sede da tipicidade. Isto é, todas as condutas que ultrapassem aquela insignificância e que tenham, apesar do preenchimento do tipo, o significado e função que acabamos de descrever serão tidas como formalmente típicas, mas em relação a elas a ilicitude está excluída por força do seu conteúdo material, traduzido na adequação social.

[1286] ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 560.

[1287] COSTA. *Op. cit*., 1998, p. 421.

exercício regular de direito, nos termos do art. 23, III, do Código Penal), como propõe a aplicação da teoria da adequação econômica da conduta.

Por outro lado, a teoria da adequação econômica determina a exclusão da ilicitude penal material da conduta típica quando a prática concorrencial restritiva da concorrência, que não foi ou que não deve ser submetida à apreciação do CADE, produzir eficiências econômicas (benefícios e desenvolvimento à economia nacional) idênticas àquelas decorrentes dos atos de concentração econômica autorizados pelo CADE, com base no art. 54 e seus parágrafos, da Lei antitruste nº 8.884/1994.

Nessas hipóteses, a teoria da adequação econômica da conduta adquire a função dogmática de causa supralegal de exclusão da ilicitude penal econômica porque identifica a ausência de antissocialidade econômica no comportamento realizado e o declara análogo àquelas hipóteses nas quais uma conduta típica é justificada em virtude de uma autorização administrativa do CADE, baseada no art. 54 e seus parágrafos, da Lei antitruste nº 8.884/1994.

Portanto, a teoria da adequação econômica assume o caráter de justificante supralegal na tutela penal antitruste à medida que declara ausente a ilicitude penal econômica.

7.3. As decisões do CADE e seus efeitos jurídico-penais na tutela penal antitruste

No Direito antitruste brasileiro as manifestações do poder econômico são objeto de investigação e julgamento pelo denominado SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – instituído pela Lei nº 8.884/1994, sendo composto pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, SDE – Secretaria de Direito Econômico e CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cujo objetivo principal é promover uma economia competitiva por meio da prevenção e repressão das práticas anticoncorrenciais praticadas com abuso do poder econômico.[1288]

Nesse sentido, José Inácio Franceschini aduz que:

> Aos órgãos de defesa da concorrência compete, "ratione materiae", exclusivamente, prevenir, apurar e coibir as chamadas "ofensas à ordem econômica", expressão sinônima, na Lei n. 8.884/1994, de infringência às regras do livre mercado. [1289]

É oportuno, portanto, verificar-se os aspectos fundamentais da competência jurisdicional do CADE e de suas decisões no direito concorrencial para se identificar sua natureza e seus efeitos jurídico-penais em face da tutela penal antitruste.

7.3.1 As decisões do CADE como fonte primária de interpretação do significado econômico dos atos econômicos: o uso e o abuso do poder econômico no direito antitruste brasileiro

No sistema jurídico antitruste da Lei nº 8.88/1994 foram atribuídas ao CADE as competências preventiva e repressiva para apreciar e julgar o exercício do poder econômico no mercado brasileiro, para fins de assegurar o respeito aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência.

A competência preventiva, *grosso modo*, refere-se à análise prévia da licitude ou ilicitude da realização dos atos de concentração econômica representados pelas fusões, incorporações e associações de empresas, como estatuído no art. 54 da Lei antitruste acima. De outro lado, a competência repressiva compreende a apuração e julgamento das condutas que possam apresentar um caráter anticoncorrencial – cartéis, monopólios, preços predatórios,

---

[1288] RAMIM, Áurea Regina de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Editora Fortium, 2005, p. 69.
[1289] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 1996, p. 22.

vendas casadas etc. –, previstas nos artigos 20 e 21 da Lei antitruste, ou seja, radica na atribuição de apreciar e julgar as ações consideradas infração à ordem econômica, manifestadas por meio do exercício do poder econômico.

A Lei nº 8.884/1994, em seu art. 1º, estabelece que o CADE, na realização de suas competências preventiva e repressiva, deve se orientar "pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico".

Em seu início a tutela antitruste brasileira, criada pelo Decreto-lei nº 869/1938, não contava com um órgão especializado em questões envolvendo a legislação antitruste, além do que o Tribunal de Segurança Nacional, instituído pelo art. 6º desse diploma legal, não efetivou concretamente as suas atribuições sobre a matéria.[1290]

O Decreto-lei nº 7.666/1945, da lavra de Agamennom Magalhães, então Ministro da Justiça, criou o primeiro órgão nacional especializado na defesa da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico, baseando-se na legislação norte-americana da Lei Pública nº 203, de 26 de novembro de 1914, que instituiu a *Federal Trade Comission*.[1291]

O primeiro órgão encarregado de aplicar a legislação antitruste para coibir o abuso do poder econômico foi criado pelo art. 19 do Decreto-lei nº 7.666/1945, com a denominação de CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica, como órgão autônomo e com personalidade jurídica própria, subordinado diretamente à Presidência da República. Menciona-se que o Decreto-lei nº 7.666/1945 provocou reações políticas e jurídicas, bem como ponderações sobre sua inconveniência, não chegando efetivamente a ser aplicado e sendo revogado laconicamente pelo Ministro José Linhares logo após a queda do Governo de Getúlio Vargas. O CADE nesta primeira fase, conquanto sua competência fosse ampla e variada, não chegou efetivamente a atuar.[1292]

Posteriormente, a Lei nº 4.137/1962, no seu art. 8º, criou novamente o CADE, agora denominado Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para apurar e reprimir os abusos do poder econômico, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo território nacional, vinculado à Presidência do Conselho de Ministros. A referida Lei antitruste estabeleceu ainda o procedimento administrativo a ser instaurado, instruído e julgado pelo CADE em razão das manifestações do poder econômico.

[1290] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 111.
[1291] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 111/112.
[1292] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 2004, p. 315; OLIVEIRA; RODAS. *Op. cit.*, 2004, p. 110.

Por fim, a Lei nº 8.884/1994 instituiu o chamado SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pela SEAE, SDE e pelo CADE, que foi transformado em autarquia federal dotada de função judicante para lhe garantir maior autonomia e independência em suas decisões sobre a defesa da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico. Esses órgãos são vinculados ao Ministério da Justiça por determinação legal do Decreto-lei nº 200/1967, art. 19, o que não diminui a autonomia do CADE.[1293]

Em face desse novo contexto legal, pode-se definir o CADE como "órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional", com natureza jurídica de "autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal" e com sua atribuições previstas na Lei nº 8.884/1994 (art. 3º).

É atribuído ao CADE jurisdição em todo o território nacional porque a adoção de políticas econômicas com o objetivo de preservar a livre concorrência é de competência precípua da União Federal, sendo necessário que a política de concorrência seja coerente e uniforme em todo o país.[1294]

O caráter judicante do CADE significa que lhe foram atribuídas competências específicas decisórias.[1295] A respeito da função judicante, a própria jurisprudência do CADE reconhece seu caráter de verdadeiro tribunal parajurisdicional. Confira-se esse entendimento:

> Este Conselho, o CADE, é órgão ou agência do poder público, singulariza-se dentro da ordem pública por ter uma caráter, uma missão, um fim jurídico-administrativo de executor e fiscal de uma lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica. É órgão único, autônomo, criado por autorização e determinação constitucional para cuidar e reprimir um novo ilícito penal. É um tribunal claro que não judicial, mas um tribunal que funciona até como primeiro grau do Judiciário, aonde chegará para requerer e obter a chancela judicial nas hipóteses que sua lei indica. (Processo SC-GB nº 675/64, Cons.-rel. Nestor Duarte) [1296]

Sobre o tema é precisa a lição de Fabio Ulhôa Coelho, nestes termos:

> A lei se refere, por outro lado, ao Conselho como "órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional". Bem entendida, trata-se da chamada jurisdição administrativa e não da judicial, visto que o CADE não

[1293] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 113.
[1294] FONSECA. *Op. cit*., 2007, p. 113/114.
[1295] Sobre a função judicante do CADE, João Bosco Fonseca (*op. cit*., 2007, p. 113/114) menciona que: "o fato de se conferir ao CADE função judicante é, sem dúvida, uma abertura para a criação de órgãos capazes de exercer a mesma função peculiar ao poder judiciário, mas com maior proficuidade em razão da especialização da matéria".
[1296] FRANCESCHINI. *Op. cit*., 1996, p. 25.

> integra o Poder Judiciário, mas o Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça. É, segundo parte da doutrina, uma entidade com o caráter de órgão administrativo de função quase-judicial, categoria de que seriam exemplos, além do próprio CADE, também o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes e outros. [1297]

Portanto, o CADE é uma autarquia federal que desempenha uma função judicante *parajudicial* ou *quase-judicial* em relação à apuração e julgamento das manifestações do poder econômico, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.884/1994.

Sob a égide da Lei nº 4.137/1964 competia ao CADE decidir a respeito da existência ou inexistência do poder econômico. Agora sob a vigência da Lei nº 8.884/1994, o CADE ainda possui tal competência, mas realizando-a de modo repressivo – verificando as práticas econômicas com o objetivo de reprimir as infrações contra a ordem econômica – e preventivo – exercendo o controle das estruturas de mercado para prevenir o exercício abusivo do poder econômico.

A competência repressiva realiza-se através da apuração e julgamento das práticas anticoncorrenciais, previstas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994, que possam configurar-se como infrações contra a livre concorrência no mercado. A Lei nº 8.884/1994, em seu art. 20, descreve as condutas que, realizadas de qualquer forma, constituem infrações à ordem econômica, indicando detalhadamente no art. 21 os atos econômicos que consubstanciam essas infrações previstas no artigo anterior.

A competência repressiva tem por finalidade reprimir o exercício abusivo do poder econômico que tenha por objeto ou possa produzir os seguintes efeitos: a) limitar, falsear ou de qualquer modo prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; d) abusar da posição dominante. Quando o CADE julga que houve a realização da infração econômica aplica a sanção legal cabível ao infrator.

Desse modo, o CADE busca assegurar a incolumidade do sistema econômico concorrencial contra o abuso do poder econômico.

Para além dessa competência punitiva, o CADE busca prevenir infrações à ordem econômica por meio do controle das estruturas de mercado, isto é, tem a competência para verificar a legitimidade de atos ou contratos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante.

[1297] COELHO. *Op. cit.*, 1995, p. 12.

O art. 54 da Lei nº 8.884/1994 estatui a competência preventiva do CADE ao estatuir a obrigatoriedade de lhe submeter os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante, que visem a concentração econômica através de fusão, incorporação, constituição de sociedade para o exercício do controle de empresas, ou de qualquer forma de agrupamento societário que implique a participação de empresa ou grupo de empresa resultante em vinte por cento de mercado relevante, ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual igual ou superior a R$ 400 milhões de reais no último balanço.

Luciano Santiago faz oportunas considerações sobre a competência preventiva do CADE:

> O objetivo do controle de estrutura é a prevenção. Visa-se evitar um aumento do grau de concentração no mercado, e, consequentemente, a formação de estruturas tendentes à monopolização ou domínio de mercado por uma empresa dominante ou de uma formação oligopolizada. A estrutura dos mercados tem grande influência nas condições de concorrência e, portanto, na forma de atuação dos agentes econômicos. Com o controle de estrutura previne-se a ocorrência de abuso que "se torna provável em decorrência das condições estruturais de mercado".
> [...]
> Não é só por motivos econômicos que se realiza o controle de estrutura, mas também por razões de ordem pública. O excesso de concentração de poder econômico é prejudicial à sociedade, pondo em risco as instituições democráticas, pois aquele poder tem a capacidade de influenciar nas políticas econômicas do Poder Executivo, nas elaborações de lei pelo Poder Legislativo e nas decisões do Poder Judiciário. Além de, sempre, conseguir influir nos processos eleitorais, definindo quem se elege. [1298]

Em síntese, a atuação preventiva do CADE busca proteger o sistema econômico concorrencial diante da hipertrofia do poder econômico advinda da excessiva concentração econômica.

O CADE quando aprecia os atos de concentração econômica, de qualquer modo realizados, para fins do art. 54 da Lei nº 8.884/1994, pode julgá-los como: a) não-restritivos à concorrência, nem de submissão obrigatória em razão dos parâmetros do art. 54, § 3º, da Lei antitruste; b) não restritivos à concorrência, mas de submissão obrigatória, por força do art. 54, § 3º, da Lei antitruste; c) restritivos à concorrência e autorizáveis, em decorrência do art.

[1298] SANTIAGO. *Op. cit*., 2008, p. 245/246.

54, § 1º, da Lei antitruste; d) restritivos à concorrência e não autorizáveis, por inexistirem as condições do art. 54, § 1º, da Lei antitruste.[1299]

As decisões do CADE são emanações de jurisdição voluntária exercida pela Administração Pública em relação à matéria econômica, tanto quando exerce sua competência preventiva como a repressiva.[1300] Não obstante, como ato de jurisdição voluntária sua natureza jurídica é de ato administrativo, pois seu caráter de ato *parajudicial* decorre de maiores formalidades em sua preparação e edição, assemelhando-se, por isso, aos atos exarados pelo poder Judiciário.[1301]

Confira-se o ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre o tema, *in verbis*:

> As decisões do CADE, concernentes a abuso do poder econômico, são de natureza administrativa jurisdicional, ou, em expressões mais técnicas, são decisões parajudiciais ou quase-judiciais. Isto significa que o CADE, mesmo quando delibera por seu colegiado, não pratica ato de jurisdição judicial, que, no nosso sistema constitucional, é privativo do Poder Judiciário. Pratica, sim, ato de jurisdição administrativa de sua específica competência vinculada aos casos, motivos e procedimentos estabelecidos na Lei n. 4.137/62, e detalhados no respectivo Regulamento (Decreto n. 52.025) e no Regimento Interno do órgão (Decreto n. 53.670/64). [1302]

Como são atos administrativos, as decisões do CADE estão sujeitas à revisão judicial por força do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Ponto central dessa problemática refere-se aos limites do controle judicial das decisões do CADE. Entrementes, a determinação dos limites da revisão judicial dessas decisões administrativas exige antes que se identifique a sua natureza como vinculada ou discricionária.

Sob a égide da Lei antitruste anterior (a Lei nº 4.137/1962), Hely Lopes Meirelles ensinava que as decisões do CADE são atos administrativos *parajudiciais* de natureza vinculada. Confira-se:

[1299] SANTIAGO. *Op.cit*., 2008, p. 259/260.

[1300] OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 79 e 82; OLIVEIRA; RODAS. Op. cit., 2004, p. 324/325. No Direito moderno a jurisdição voluntária pode ser exercida pelos: a) órgãos jurisdicionais; b) órgãos do chamado "foro extrajudicial"; c) órgãos administrativos, não dependentes do poder judiciário. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 170).

[1301] COELHO. *Op. cit*., 1995, p. 12.

[1302] MEIRELLES, Hely Lopes. **Parecer**. *In* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985, p. 554.

> As decisões do CADE fundadas nas disposições punitivas da Lei nº 4.137/1962 são sempre vinculadas aos pressupostos de fato e de direito estabelecidos nessa norma legal, tanto para a tipificação das infrações puníveis, quanto para o seu processo de apuração e julgamento. [1303]

Sob a égide da atual Lei nº 8.884/1994, entende-se que as decisões do CADE podem ser tanto de caráter vinculado como de conteúdo discricionário. São vinculadas as decisões referentes à caracterização das infrações contra a ordem econômica, aos atos de concentração econômica mencionados no art. 54 e ao compromisso de desempenho. Por outro lado, são atos de conteúdo discricionário os pertinentes à aplicação da sanção, já que o CADE pode aplicá-la ou mesmo deixar de aplicá-la quando entender que a infração traz efeitos benéficos à economia nacional,[1304] e também àrealização de compromisso de desempenho.[1305]

No que tange ao controle judicial dos aspectos de legalidade das decisões do CADE não há controvérsia doutrinaria ou jurisprudencial, pois aceita-se a revisão judicial de todos os aspectos formais desses atos administrativos decisórios.

Por outro lado, em relação ao controle judicial dos aspectos materiais – referente ao conteúdo jurídico e econômico – das decisões do CADE há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Há uma corrente que defende um controle judicial pleno sob o argumento de que essas decisões administrativas são atos de natureza vinculada e de inafastabilidade da jurisdição.[1306]

A corrente contrária à revisão judicial plena das decisões do CADE defende que apenas os aspectos formais podem ser judicialmente reformados, sob os argumentos de que esses atos decisórios se apoiam em conceitos jurídicos indeterminados e técnicos interpretados dentro da discricionariedade do CADE e que o Judiciário não tem como julgar essas matérias de alta complexidade técnico-econômica afetas ao direito concorrencial.[1307]

Discorrendo sobre os limites da revisão judicial das decisões do CADE durante a vigência da Lei nº 4.137/1962, Hely Lopes Meirelles[1308] ensinava que ao judiciário cabe revisar todos os aspectos de legitimidade dos atos administrativos para verificar a ocorrência de nulidade em sua edição, não lhe sendo permitido, contudo, pronunciar-se sobre o mérito

---

[1303] MEIRELLES. *Op. cit*., 1985, p. 561.
[1304] COELHO. *Op. cit*., 1995, p. 22.
[1305] SANTIAGO. *Op. cit*., 2008, p. 316/317. Há quem entenda, como Carlos Jacques Gomes (*op. cit*., 2004, p. 101) que as decisões do CADE são sempre atos administrativos de natureza vinculada.
[1306] Neste sentido: FRANCESCHINI. Op. cit., 2004, p. 119; GOMES. *Op. cit*., 2004, p. 101; OLIVEIRA. *Op. cit.*, 2002, p. 79/85; SANTIAGO. *Op. cit*., 2008, p. 320.
[1307] SANTIAGO. *Op. cit*., 2008, p. 320.
[1308] MEIRELLES. *Op. cit*., 1985, p. 557.

administrativo do ato, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque se assim o fizesse estaria emitindo pronunciamento de administrador público e não de jurisdição judicial. Isso porque o Poder Judiciário não pode substituir o administrador público em pronunciamentos que são privativos da Administração Pública, sendo-lhe permitido apenas verificar o atendimento dos aspectos formais do ato.[1309]

Hely Lopes Meirelles informa que o STF – Supremo Tribunal Federal ao examinar uma decisão do Tribunal Marítimo, órgão de natureza semelhante ao CADE, julgou que:

> [...] A função desses tribunais quase-judiciais é a de tribunais técnicos: em favor deles milita o princípio da confiança. Assim, o exame de fato, a que eles procedem, não deve ser, com leveza, repelido pelos tribunais judiciários. Mas as suas decisões podem ser revistas, quando ferem dispositivos de lei ou quando, ainda em questão de provas, incidem em erro manifesto (RDA, 2/153). [1310]

A respeito das decisões do CADE, Hely Lopes Meirelles destaca que:

> O Judiciário limitar-se-á, no exame da decisão do CADE, aos aspectos de legalidade, ou seja, da conformação do julgado administrativo com as normas legais que tipificam as infrações e disciplinam o processo de sua apuração e sanção. Para tanto, poderá a Justiça comum perquirir, na forma e no fundo, a decisão punitiva, para averiguar se foram observadas as formalidades procedimentais e se os fatos punidos se enquadram nas infrações tipificadas na Lei nº 4.137/1962, segundo o apurado no respectivo processo administrativo. Havendo vícios de procedimento ou discordância entre as provas e fatos punidos ou entre estes e a fundamentação correspondente, o Judiciário decretará a nulidade do processo ou de seu julgamento. O que o Judiciário não poderá é substituir a decisão administrativa punitiva ou absolutória, por outra judicial, mais grave ou mais branda, porque isto não é matéria de legalidade, mas sim de mérito administrativo, vedado à valoração da Justiça comum, que só dirá se o processo ou o julgamento do CADE é legal ou ilegal – válido ou inválido – no todo ou em parte. [1311]

Sobre os limites da revisão judicial das decisões do CADE na atualidade, Laércio Farina é preciso em suas considerações:

> No sistema brasileiro, o Poder Judiciário [...] detém o monopólio do controle da legalidade [...]. Todas as questões que envolvam a apreciação da legalidade podem ser submetidas ao Poder Judiciário. Isso não é verdade para a avaliação dos critérios discricionários. [...] No exame do ato discricionário, o magistrado não pode substituir sua avaliação pessoal à

[1309] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 199.
[1310] MEIRELLES. *Op. cit*., 1985, p. 556.
[1311] MEIRELLES. *Op. cit*., 1985, p. 561.

> avaliação pessoal do administrador. Ao magistrado, ao Poder Judiciário, está restrita a analise da legalidade do ato, isto é, se, no exercício da discricionariedade, levada a cabo pelo administrador, foram observados os limites que a própria lei impõe – ou permite – ao administrador: o exercício da discricionariedade. Portanto, parece-nos que dentro desse conceito de controle de legalidade a ser feito pelo Poder Judiciário não está incluído o mérito submetido, eventualmente, ao exame do Judiciário, porque este mérito é apreciado dentro do poder discricionário que toca ao CADE. Dentro dos limites que lhe permite a lei, ao Judiciário caberá avaliar – se a questão lhe for levada a exame – se esses limites foram ou não ultrapassados, se os ditames constitucionais relativos à atividade administrativa foram ou não cumpridos, mas jamais modificar o juízo de valor a respeito de determinada situação, tomado com base no poder discricionário da autoridade administrativa. [1312]

Outro aspecto a considerar é que as decisões do CADE, variadas vezes, apresentam um acentuado conteúdo técnico-econômico, o que exige conhecimentos específicos para sua apreciação. Cite-se, por exemplo, a hipótese do art. 20, § 3º, da Lei antitruste nº 8.884/1994, que autoriza o CADE a fixar percentual distinto do índice legal, presumindo a existência de posição dominante no mercado para determinados setores da Economia.[1313]

A esse respeito, Edilson Nobre Júnior entende que o elevado grau de exigências técnicas referentes ao conteúdo técnico-econômico das decisões do CADE recomenda o afastamento de sua revisão judicial plena.[1314]

Vale conferir as conclusões de Edilson Nobre Júnior, *in verbis*:

> i) muito embora as decisões do CADE sejam suscetíveis de revisão judicial, calha ponderar que esta se dirige aos aspectos de legalidade a envolver o ato atacado, movimentando-se de forma contida no particular dos critérios de natureza eminentemente técnica, emanados em termos claros e precisos, sede onde a intervenção do juiz se dirigirá à aferição da proporcionalidade ou razoabilidade da medida, ou da inexistência material das razões de fato que a ensejaram ou em erro evidente na sua apreciação. [1315]

Nesse sentido, o STJ – Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 572.070/PR, que tratava da validade de regulamento da ANATEL sobre a conceituação de área local para telefonia fixa, julgou que a delimitação da área local, para fins do serviço de

---

[1312] FARINA, Laércio. Do processo administrativo da natureza do ato. **Revista do IBRAC**, v. 3, nº 6, 1996, 1996, p. 104/108.

[1313] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O CADE e a repressão ao abuso do poder econômico. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito da UFPE**, nº 14, p. 70-118, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2004, p. 113.

[1314] NOBRE JÚNIOR. *Op. cit.*, 2004, p. 113.

[1315] NOBRE JÚNIOR. *Op. cit.*, 2004, p. 118.

telefonia, é baseada em critérios de natureza predominantemente técnica, portanto vedada à revisão judicial.[1316]

Em face dos argumentos expostos, pode-se concluir no sentido de que: a) os aspectos formais da decisão do CADE se sujeitam à revisão judicial plena; b) o mérito administrativo das decisões do CADE referente a conveniência, oportunidade, eficiência e justiça de seu pronunciamento sobre a aplicação da sanção e seu *quantum* ou a respeito da não aplicação da sanção em razão de o ato econômico atender às condições do art. 54, § 1º, da Lei nº 8.884/1994, ou que apresente conteúdo predominantemente técnico-econômico, não está sujeito ao controle judicial pleno.

A respeito da análise judicial do mérito dos atos administrativos, o STF já julgou que "os juízes e Tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação dos poderes", acrescentando que "se lhe veda, nesse âmbito, é, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública" (MS nº 20.999, rel. min. Celso de Mello, DJU: 25.5.1990). Veja-se, com esse mesmo entendimento, as decisões do STJ nos RO nº 129/PR, nº 15.331/SP e nº 13.298/MS.[1317]

Impende salientar que se conhece e se discorda, fortemente, do entendimento, adotado por parte da jurisprudência pátria, no sentido de revisar-se judicialmente as decisões do CADE, inclusive o mérito administrativo e o conteúdo técnico-econômico. Esse entendimento viola profundamente o princípio constitucional da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal vigente, uma vez que o Poder Judiciário passa a assumir uma atribuição conferida exclusivamente pelo Estado brasileiro ao CADE, resultando na substituição do pronunciamento privativo da Administração Pública pela valoração pessoal do juiz.[1318]

Em síntese, os aspectos materiais da decisão do CADE, ou seja, o mérito administrativo ou seu conteúdo técnico-econômico a respeito do uso e abuso do poder econômico – isto é, sobre a punição ou autorização do ato econômico – não deve ser objeto de revisão judicial plena, sob pena de o Poder Judiciário, que não está autorizado jurídico e tecnicamente para tanto, vir a substituir o único órgão do Estado brasileiro instituído e dotado

---

[1316] NOBRE JÚNIOR. *Op. cit*., 2004, p. 113. Em sentido contrário, vale registrar o posicionamento de Amanda Oliveira (*op. cit*., 2002, p. 70/72) que entende ser o conteúdo técnico da decisão do CADE uma atividade de natureza vinculada à Administração Pública e sujeita à revisão judicial.

[1317] SANTIAGO. *Op. cit*., 2008, p. 323.

[1318] A respeito desse entendimento jurisprudencial, veja-se: SANTIAGO. *Op. cit*., 2008, p. 309/374; OLIVEIRA. *Op. cit*., 2002, p. 53/56.

de competência exclusivamente para apreciar e julgar as manifestações do poder econômico: o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.[1319]

7.3.2 Os efeitos jurídico-penais das decisões do CADE

Na esfera da tutela penal antitruste um ponto que tem provocado considerável polêmica é o referente à natureza jurídica e efeitos jurídico-penais das decisões do CADE a respeito da legitimidade ou ilegitimidade do exercício do poder econômico, pois se verificam situações em que o agente econômico teve o seu comportamento julgado lícito pelo referido órgão julgador do direito antitruste nacional e é acusado criminalmente pela realização dessa mesma ação. Nessas hipóteses a jurisdição criminal tem entendido que essas decisões do CADE não devem produzir efeitos jurídico-penais porque não constituem questão prejudicial como aquelas do art. 93 do Código de Processo Penal, usando como fundamento o gasto argumento da "autonomia das instâncias administrativa e criminal".

Confira-se esse entendimento nos precedentes jurisprudenciais abaixo:

> Processual penal e penal – Habeas corpus – Unimed – Restrição a convênio com cooperativa de fisioterapeutas – Abuso do poder econômico – Decisão do CADE – Ato legítimo – Ação penal – Necessidade da persecutio criminis – Decisão administrativa não vincula a judicial – Ordem denegada – Sem reparo a decisão combatida quando assevera a independência das esferas administrativas e penal. Realmente, em nosso sistema jurídico-constitucional não há oportunidade para contestar a supremacia da atividade jurisprudencial em relação aos julgados e decisões provenientes da Administração, eis que os efeitos da coisa julgada só dimanam dos órgãos judiciários. Foi o que o legislador constituinte impôs ao não reverenciar o contencioso administrativo. A diversidade dos fatos e das avaliações, tendo finalidade disforme (aplicar multa e aplicar pena), portanto, nos compele dizer que o convencimento de uma e de outra órbita possa sustentar-se por pilares diferentes, onde a visualização da conduta e suas consequências perfaçam os caminhos antagônicos. Desta forma, a simples confrontação entre o que foi decidido pelo CADE e a Lei incriminadora, no sentido de desconsiderar a afronta à concorrência livre, não nos encaminha para um mesmo foco de convencimento, no que se refere sobretudo aos efeitos penais. Tudo dependerá do procedimento da persecutio criminis, pois a tipicidade exige a

[1319] Cabe destacar que, *ab initio* legítima, a impugnação judicial das decisões do CADE tem sido realizada, por quase todos os agentes econômicos, como manobra protelatória dessas decisões administrativas, ensejando a ineficácia dos pronunciamentos do CADE na defesa da livre concorrência no mercado nacional e o consequente prejuízo social (OLIVEIRA; RODAS. *Op. cit*., 2004, p. 335). Sobre isso, Luciano Santiago (*op. cit*., 2008, p. 328) aduz que: "O agente econômico conhece a morosidade do Poder Judiciário e sabe tirar vantagem disso. Daí o motivo pelo qual, praticamente, todas as empresas condenadas pelo CADE – seja no que diz respeito ao desfazimento de atos de concentração econômica que não foram aprovados, seja no que toca à cobrança de multas que foram impostas tanto em ato de concentração econômica como no julgamento de infrações contra a ordem econômica – buscarem o Poder Judiciário, para retardarem os efeitos das decisões do CADE".

> conduta desleal. Seria, em verdade, um despropósito, em face de habeas corpus, frear a possibilidade de o Estado ver discutido tema por demais intricado, até mesmo porque, qualquer entendimento contrário exigirá o confronto probatório, inadequado neste momento. Ordem denegada, prejudicado o RHC 12.512/MG. (STJ, HC nº 20.555/MG, DJU 24.3.2003).[1320]
>
> [...] a suposta inexistência de infração administrativa não repercute na esfera penal, em razão da independência dessas instâncias [...]. (STF, HC nº 85.953, DJU 31.3.2006)[1321]

Em um julgamento paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em votação não unânime, não admitiu os efeitos jurídico-penais das decisões do CADE no processo penal a respeito de crimes anticoncorrenciais, sob o argumento de que essas decisões não constituem questão prejudicial do art. 93 do Código de Processo Penal. Confira-se a ementa desse julgado:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 4º, INCISO II, ALÍNEAS A, B E C, E INCISO VII, C/C ART. 12, INCISO I, AMBOS DA LEI N. 8.137/90. DECISÃO DO CADE. ART. 93 DO CPP.
> Considerar que a decisão do CADE sobre o abuso do poder econômico reflete situação paralela à do Conselho de Contribuintes em matéria tributária é equivocado. O Conselho de Contribuintes vai dar o quantum debeatur que configura a condição objetiva de punibilidade, segundo a Augusta Corte. Na hipótese do CADE, é mera apreciação administrativa sobre a existência do abuso do poder econômico. Não é condição de punibilidade e sim uma valoração acerca daquilo que coincide com o elemento do tipo. E sendo elemento do tipo, o procedimento do CADE não enseja a discussão em torno do art. 93 do CPP. Recurso desprovido. (STJ, HC nº 42.305/RS e RHC nº 17.418/RS).[1322]

Esse debate em torno da tese da prejudicialidade no tocante às decisões do CADE foi submetido ao Supremo Tribunal Federal – STF, que ainda não se pronunciou definitivamente sobre a matéria, encontrando-se na seguinte situação:[1323]

> Crime contra a Ordem Econômica: CADE e Prejudicial.
> A Turma iniciou o julgamento de habeas corpus em que se pretende a suspensão de ação penal instaurada contra o paciente pela suposta prática de crime contra a ordem econômica (Lei 8.137/90, art. 4º, I, a e f, II, a, b e c, VII, c/c art. 12, na forma do art. 71 do CP), sob o argumento de que pendência de processo administrativo em trâmite no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no qual se discute a existência do aludido delito, constitui questão prejudicial heterogênea (CPP,

[1320] PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 55/56.
[1321] MAIA. *Op.cit*., 2008, p. 113.
[1322] SICA. *Op. cit*. 2009, p. 173.
[1323] SICA. *Op. cit.* 2009, p. 174.

> art. 93), a implicar a suspensão da ação penal e do curso do prazo prescricional. O Min. Joaquim Barbosa, relator, indeferiu o writ por considerar que inexiste, na hipótese, a condição objetiva de punibilidade para a constituição do tipo penal. Inicialmente asseverou que o referido processo administrativo encontra-se pendente de julgamento e que o caso seria diverso do precedente fixado pelo STF no HC 81611/DF (DJU de 15-3-2005) – no qual fixada a orientação no sentido de que, nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia condição objetiva de punibilidade. Entendeu que os dispositivos em que incurso o paciente apenas descreveriam os elementos do tipo, no qual se enquadra a descrição das condutas constantes da denúncia. Por fim, afastou a aplicação do art. 93 do CPP, ao fundamento de que a suspensão do processo configura faculdade de competência do juízo cível, que não se coaduna com questão concernente a processo administrativo como na espécie. Após, pediu vista dos autos o Min. Eros Grau (HC 88521/RS, 5.12.2006).

Na doutrina também se identificam opiniões em consonância com o entendimento jurisprudencial acima. Por todos, confira-se a opinião de Rodolfo Tigre Maia, *in verbis*:

> 85. A eventual instauração e tramitação de procedimento administrativo para apurar condutas que, eventualmente, repercutam criminalmente, ou mesmo a eventual prolação de decisão administrativa definitiva oriunda do CADE sobre as mesmas, qualquer que seja seu conteúdo, em linha de princípio, não impedirão a adoção das providencias investigatórias na órbita do direito penal. Isto ocorre em razão da adoção na estrutura constitucional brasileira do sistema da unicidade jurisdicional (*judicial review*) para fins de controle da Administração Pública. Estes poderão ser anulados ou declarados nulos por decisão judicial, que também poderá determinar o pagamento de indenizações eventualmente cabíveis em razão dos prejuízos decorrentes da prática dos mesmos.[1324]

Para que se possa vislumbrar o equívoco do entendimento jurisprudencial e doutrinário acima exposto, devem-se ter em consideração os pressupostos abaixo a respeito do CADE e de suas decisões no Direito brasileiro:

1º) o CADE é o órgão legalmente instituído, com jurisdição em todo o território nacional, para julgar a legitimidade e ilegitimidade do exercício do poder econômico no direito antitruste brasileiro;

2º) os julgamentos do CADE são, a exemplo das decisões judiciais, concretização de normas jurídicas antitruste que determinam mandamentalmente uma proibição, permissão ou autorização de condutas concorrenciais no mercado nacional;

[1324] MAIA. *Op. cit*., 2008, p. 111/112.

3º) as decisões do CADE são atos administrativos parajurisdicionais sujeitos apenas ao controle judicial formal, pois há entendimento firme no sentido de que é defeso ao Poder Judiciário revisar o mérito do ato administrativo, sob pena de violar o constitucional princípio da separação dos poderes do Estado e de substituir indevidamente a Administração Pública em atribuição que lhe é afeta exclusivamente. Nesse mesmo sentido, Rodolfo Tigre Maia se pronuncia, *in verbis*:

> Tratando-se de área sujeita à interferência de políticas públicas oriundas do Poder Executivo, editadas para a obtenção de determinados resultados na área da ordem econômica, por evidente, ainda, que a defesa de um controle judicial amplo, para admitir sejam as autorizações concedidas pelo CADE recepcionadas no processo penal, não conduz ao reconhecimento de que possa o Judiciário se imiscuir indiscriminadamente em áreas cujo ingresso lhe é vedado ou restringido pela independência dos Poderes.[1325]

Estabelecidos esses pressupostos referentes ao CADE e suas decisões, pode-se afirmar que o entendimento jurisprudencial e doutrinário que não admite se invocar os efeitos jurídico-penais de suas decisões na tutela penal antitruste é equivocado, como se demonstra abaixo, porque:

1º) desconsidera o cânone hermenêutico para solução de antinomia entre normas permissivas e proibitivas, que estatui que a *lex favorabilis* (norma permissiva) prevalece sobre a *lex odiosa* (norma proibitiva);[1326]

2º) infringe o princípio da unicidade do Direito ao intentar proibir/punir a realização de uma ação permitida por outras normas jurídicas concretizadas na decisão do CADE, resultando esse entendimento em uma indistinção do lícito e do ilícito jurídico;[1327]

3º) viola o princípio da igualdade à medida que trata quem atua segundo o Direito do mesmo modo que aquele que age ilicitamente;

4º) em face da ciência do direito penal, o equívoco radica em tratar a decisão do CADE sob a ótica da questão prejudicial do art. 93 do Código de Processo Penal, quando, na

---

[1325] MAIA. *Op. cit*., 2008, p. 121. No sentido de não caber revisão judicial do mérito do ato administrativo, confira-se o seguinte julgado do STJ: "[...] em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade [...]." (STJ, ROMS 19.846, DJU 29.5.2006).

[1326] Sobre esse critério hermenêutico, vide o magistério de Norberto Bobbio no item 6.4 do Capítulo 6 desta Parte III.

[1327] A respeito desses argumentos, veja-se o magistério de Lourival Vilanova no item 6.4 do Capítulo 6 desta Parte III.

verdade, essa decisão constitui uma interpretação do elemento normativo do tipo penal antitruste ou uma causa de exclusão de ilicitude penal;

5º) ainda sob o prisma da dogmática jurídico-penal, constata-se que o entendimento que não atribui efeitos penais às decisões do CADE inobserva os preceitos científicos fundamentais do direito penal que estatuem que as autorizações da Administração Pública afastam a responsabilidade penal do agente, uma vez que se pode excluir a tipicidade ou a ilicitude penal da ação por força do princípio da unicidade do Direito.

Sobre os efeitos penais dessas autorizações da autoridade administrativa cumpre repisar o magistério de Reinhart Maurach, *in verbis*:

> [...] Do princípio da unidade do ordenamento jurídico se segue que aquelas formas de conduta permitidas expressamente pela autoridade não podem ser antijurídicas no sentido do direito penal. Sem embargo, tais permissões não constituem sempre uma causa de justificação; com freqüência elas adquirem relevância ao nível do tipo, devido à redação dos respectivos tipos penais. [1328]

E também a lição de Claus Roxin, *ipsis litteris*:

> [...] Seria uma contradição axiológica insuportável, e contradiria ademais a subsidiariedade do Direito Penal como recurso extremo da política social, que uma conduta autorizada em qualquer campo do Direito não obstante fora castigada penalmente. Nesse aspecto há que reconhecer por conseguinte a tão invocada 'unidade do ordenamento jurídico, que abarca todas as normas vigentes no território federal com independência de órgão criador das normas', exatamente igual que o princípio de que as causas de justificação relevantes em Direito Penal procedem de todo o âmbito do ordenamento jurídico. [1329]

Com efeito, as decisões do CADE são emanações de jurisdição voluntária em matéria econômica e constituem uma interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados constantes nas normas jurídicas antitruste.

Na seara da intervenção penal antitruste, as decisões do CADE configuram-se como interpretação do significado dos elementos normativos do tipo penal dos crimes contra a livre concorrência ou causa de exclusão de ilicitude penal, nas hipóteses em que autorizam práticas lesivas à concorrência.

[1328] MAURACH. *Op. cit*., 1994, p. 508.
[1329] ROXIN. *Op. cit*., 2006, p. 570.

As decisões do CADE constituem interpretação dos elementos normativos do tipo penal antitruste porquanto fixam o significado e a existência dos elementos típicos "abuso do poder econômico", "posição dominante" etc., os quais exigem conhecimentos técnico-econômicos específicos.

Assim, são oportunas as considerações de Leonardo Sica, nestes termos:

> [...] há nos crimes contra a ordem econômica elementos típicos como 'abuso do poder econômico', 'posição dominante de mercado', 'fixação artificial de preços' que, à evidência, não podem ser definidos a partir de avaliação exclusiva do tribunal criminal. faltam conhecimentos, método e recursos técnicos para afirmar, com a mínima segurança, a ocorrência de algumas dessas elementares no âmbito do processo penal. Mesmo no direito econômico, por exemplo, é totalmente controversa a definição de dominação do mercado. Tais constatações dependem de análises econométricas complexas e o CADE é o órgão competente para gerenciar essa tarefa.[1330]

Em face da especificidade da matéria econômica, o Estado brasileiro instituiu legalmente o CADE como órgão competente para apreciar e julgar a legitimidade ou ilegitimidade do exercício do poder econômico, uma vez que este órgão foi constituído de modo exclusivo para realizar tal tarefa no direito antitruste nacional.

De fato, as decisões do CADE constituem uma apreciação parajurisdicional a respeito do significado e da materialização dos elementos normativos do tipo penal antitruste, devendo, por isso, servir de fundamento para o juízo de confirmação da tipicidade ou da ilicitude da conduta em relação aos crimes contra a livre concorrência.

Apesar do entendimento firme no sentido de que a decisão do CADE não constitui uma questão prejudicial do art. 93 do Código de Processo Penal, é forçoso mencionar a tese, sedimentada no *voto vencido* do julgamento do já referido HC 42.305/RS, defendendo a aplicação supletiva desse dispositivo do Estatuto processual penal às hipóteses de decisões do CADE. Confira-se excerto desse entendimento:

> Advirto que a questão do abuso do poder econômico, independentemente das conotações legais, cinge-se especificamente à evolução das relações da economia de mercado no qual o país está inserido, cujas transformações na última década permitiram a constatação de fenômenos específicos sujeitos a especializações longe do caminho eminentemente jurígeno.

[1330] SICA. *Op. cit*., 2009, p. 173.

> Daí por que, nesta rápida introspecção, em meio à faculdade estendida ao Juiz pelo art. 93 do Estatuto Processual, ressaltando, também, os precedentes do administrativo-fiscal, não vejo motivo para negar a suspensão da ação penal, se a matéria é, sim, de difícil constatação. (STJ, HC nº 42.305/RS, voto vencido).[1331]

A tese da caracterização das decisões do CADE como prejudicais processuais por força da aplicação supletiva do art. 93 do Código de Processo Penal encontrou aceitação na doutrina, como se percebe das considerações de Leonardo Sica, *in verbis*:

> No entanto, não se trata de considerar a decisão do CADE como "condição objetiva de punibilidade". Neste ponto, a abordagem jurisprudencial, até o momento, está equivocada. Por tudo o que foi debatido neste artigo, parece que o entendimento vencido no STJ é o mais correto: justifica-se a aplicação supletiva do art. 93 do CPP, pois é razoável vislumbrar a prejudicialidade diante de elementos típicos impossíveis de serem afirmados por meio do processo penal, isoladamente. A própria configuração de todo o sistema de controle da ordem econômica recomenda o reconhecimento dessa interdependência funcional, o que, de maneira alguma, significa que a justiça penal está adstrita à atuação das autoridades administrativas. Trata-se da solução mais adequada em termos de segurança jurídica e política criminal.[1332]

Efetivamente, não se podem julgar as condutas lesivas à livre concorrência no mercado nacional prescindindo-se das análises específicas consolidadas nas decisões do CADE, que é o órgão julgador nato e instrumentalizado para apreciar e julgar tal matéria no Direito brasileiro.

Nesse sentido, Leonardo Sica, com acerto, se pronuncia:

> [...] mesmo preservando a independência da justiça penal, não há como processar e julgar crimes contra a ordem econômica com a segurança necessária sem verificar, a priori, a presença de elementos típicos (tais como a cartelização, dominação de mercado, elevação injustificada de preços) que só poderão ser afirmados por meio da atividade das agências administrativas apropriadas, impondo-se ao Poder Judiciário a aplicação do art. 93 do CPP.[1333]

Em sendo assim, pode-se concluir que se devem atribuir efeitos jurídico-penais às decisões do CADE, independentemente de serem consideradas como interpretação a respeito da materialização dos elementos normativos do tipo penal ou questão prejudicial em razão da

---

[1331] SICA. *Op. cit*., 2009, p. 173/174.
[1332] SICA. *Op. cit.*, 2009, p. 175.
[1333] SICA. *Op. cit*., 2009, p. 183.

aplicação supletiva do art. 93 do Código de Processo Penal, uma vez que seu conteúdo de mérito técnico-econômico não é suscetível de revisão pelo órgão judicial criminal.

Por fim, cumpre, ainda, referir-se ao entendimento de que as decisões do CADE não podem ser equiparadas às decisões do Conselho de Contribuintes. De fato, a princípio não podem, porque oriundas de instância julgadora de hierarquia jurídica distinta.

Os julgados do CADE são decisões de um genuíno tribunal administrativo-econômico parajurisdicional, com jurisdição em todo o território nacional, competente para apreciar e julgar, exclusivamente, as condutas econômicas no mercado nacional, e estatuído legalmente pela Lei nº 8.884/1994 para aplicar as normas jurídicas antitruste em decorrência do princípio constitucional da repressão ao abuso do poder econômico. Assim, as suas decisões definem a existência ou inexistência do exercício abusivo do poder econômico, que é a conduta nuclear dos tipos penais antitruste, ou autorizam a prática de atos econômicos restritivos da concorrência. De outro lado, as manifestações do Conselho de Contribuintes são *mera apreciação administrativa* de um órgão da Administração Pública a respeito da existência de débito fiscal. Sob esse prisma, realmente não são equiparáveis, porque no sistema jurídico nacional as decisões do CADE têm hierarquia jurídica superior em relação àquelas manifestações fiscais.

Não obstante, analisando-se mais profundamente ambos os tipos de julgados, infere-se que tanto as decisões do CADE como as decisões do Conselho de Contribuintes buscam, em essência, decidir sobre a mesma situação jurídico-penal, a saber: a existência ou inexistência da concretização de um elemento de um tipo penal. O CADE decide sobre a existência ou não do abuso do poder econômico na atuação do agente no mercado nacional, enquanto o Conselho de Contribuintes julga se o agente deve o tributo ao Estado. Por essa ótica, depreende-se que ambas as decisões (do CADE e do Conselho de Contribuintes) são exatamente idênticas em face da intervenção criminal econômica.

Portanto, é imperioso, por uma questão de justiça, atribuir-se às decisões do CADE, em face da tutela penal antitruste, os mesmos efeitos jurídico-penais conferidos pela alta jurisprudência brasileira aos julgados do Conselho de Contribuintes diante dos crimes tributários.

Assim, não se sustenta juridicamente o entendimento que desequipara essas modalidades de decisões em face da tutela penal econômica, acarretando grave prejuízo à

ideia de Direito, que se fundamenta na exigência de unicidade e coerência das normas do sistema jurídico positivo.

CONCLUSÕES

A denúncia, no caso, para ser válida, deve demonstrar o abuso de monopólio ou de posição dominante no mercado.[1334]

Ministro Francisco de Assis Toledo

Em face dos argumentos expendidos neste estudo, podem ser apresentadas as seguintes notas conclusivas:

a) Sobre a tutela jurídica da atividade econômica como pressuposto do direito penal econômico

A Economia apresenta uma especial interdependência com o Direito, uma vez que é condição básica para o funcionamento de um sistema econômico a existência de um conjunto de regras jurídicas disciplinando as relações entre os detentores dos meios de produção e as unidades de produção que os empregarão. As regras jurídicas são indispensáveis ao funcionamento da Economia, pois visam a tornar harmônicas e organizadas as atividades econômicas. Porém, se por um lado o Direito subordina a Economia, de outro o Direito se submete às influências do fenômeno econômico.

A ampliação das atividades econômicas enseja manifestações de normas com conteúdo econômico em todas as disciplinas jurídicas. Em relação ao direito penal, revela-se patente que a influência do fenômeno econômico propicia uma flagrante expansão criminalizadora.

Efetivamente, o direito penal é um dos principais instrumentos que o Estado emprega para obter êxito na realização de suas políticas social e econômica, quando se verifica resistência à sua implantação e à prática de condutas que podem afetar de modo intolerável a convivência social. Assim, no sistema da Economia o direito penal é utilizado como um meio para assegurar o desenvolvimento econômico da sociedade, com vistas a se alcançar um estágio de bem-estar e de progresso social.

Na atualidade a intervenção penal na atividade econômica tem sido empregada cada vez mais em razão de o sistema social da Economia impor-se com preponderância sobre grande parte dos demais sistemas da vida social. Nesse contexto, os fatos que afetam o regular

[1334] STJ, RHC, rel. min. Assis Toledo, RT 715/526, *in* PRADO. *Op. cit*., 2004, p. 56.

desenvolvimento das relações econômicas são considerados como condutas que destroem as fontes de riquezas e o patrimônio econômico da nação.

Por outro lado, o direito penal econômico se mostra necessário nas sociedades industriais contemporâneas porque visa impedir que o exercício do poder econômico privado seja realizado em detrimento do Estado e contra a própria sociedade e constitui a forma mais grave de intervencionismo estatal na Economia, porque estabelece a aplicação do poder-dever de punir em meio à realização da atividade econômica.

Não obstante a deficiência técnica, rejeição e descaso com que foi tratado o direito penal econômico em seu início, seu estudo e a importância ressurgiram a partir da década de 1970, em razão das duas crises petrolíferas (1973 e 1979) que afetaram a economia mundial, e intensificaram-se no final do século XX com a implementação da globalização econômica e crescimento da criminalidade econômica.

b) Sobre a formação histórica do direito penal econômico

A intervenção penal na realização de atividades econômicas existe desde o início da sociedade, pois sabe-se que em quase todas as civilizações da Antiguidade o Direito se ocupou dos denominados delitos econômicos; apresentando maior ou menor grau de formalidade conforme o período histórico e os valores socioeconômicos de cada povo nesse determinado momento temporal.

Não obstante, antes do surgimento da Economia organizada racionalmente a partir do século XVIII, a intervenção penal na atividade econômica se caracterizava por seu caráter fragmentário, assistemático e acidental, porquanto dirigida ao tratamento de problemas econômicos pontualmente considerados.

O direito penal econômico, em sentido estrito, tem o inicio da sua existência a partir do momento em que houve a intervenção estatal para dirigir a realização da atividade econômica, pois enquanto a Economia foi conduzida segundo o principio da liberdade irrestrita dos agentes econômicos o Estado carecia de interesse para interferir sobre a ordem econômica. Veja-se que na época dos sistemas econômicos regulados pelos dogmas do liberalismo econômico não havia um conjunto de normas que pudesse ser denominado de direito penal econômico, conquanto houvesse pontualmente leis penais de conteúdo econômico.

Assim, direito penal econômico surgiu a partir da superação do liberalismo econômico em face da crise desse modelo de produção econômica e das circunstâncias decorrentes das duas grandes guerras mundiais. Isso porque essas situações afetam a marcha regular do mercado, resultando, assim, numa deterioração do sistema de produção e de preços dos bens econômicos. As duas grandes guerras mundiais e nas crises econômicas por elas deixadas levaram a uma desenfreada edição de normas jurídicas – em especial de natureza penal – para disciplinar a Economia, ensejando um direito econômico amparado no direito penal.

Em razão do perfil liberal do Estado brasileiro após sua independência em 1822, o Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal da República (1890) não traziam nenhuma previsão legal incriminando o abuso do poder econômico. Não obstante, cumpre mencionar que esses estatutos criminais previam algumas incriminações de conteúdo econômico, embora não fossem delitos propriamente contra a atividade econômica em sentido estrito, tais como: falsificação de moeda, bancarrota, contrabando, falência (semelhante à bancarrota), crimes de abuso de confiança e atividade fraudulenta, além de crimes contra a propriedade imaterial.

No Brasil a elaboração de um conjunto de normas penais propriamente a respeito das relações econômicas teve seu início apenas a partir da crise econômica mundial ocasionada pela Primeira Guerra Mundial. É, portanto, na década de 1930 surgem as primeiras regulamentações a respeito dos crimes econômicos. Nessa época surgiu o Decreto-lei 869/1938, definindo os crimes contra a economia popular, considerado como o primeiro diploma penal de tutela da Economia na acepção de um direito penal econômico. Posteriormente, a Lei nº 1.521/1951 descreveu tanto os crimes contra a economia popular em sentido próprio como os crimes contra a ordem econômica, que seriam depois complementados pela Lei nº 8.137/1990

O direito penal econômico brasileiro é constituído por um conjunto de diversas leis penais extravagantes (crimes contra o sistema financeiro, crimes contra a ordem econômica, crimes contra o meio ambiente, crimes contra o consumidor etc.), e residualmente por alguns poucos dispositivos do próprio código penal (crimes de apropriação indébita previdenciária, contrabando e descaminho), em cada texto legal trata especificamente sobre determinado aspecto da ordem econômica nacional.

No sistema de economia de mercado proposto pela Constituição Federal brasileira, que se configura como capitalismo neoliberal, o direito penal econômico assume a missão de garantir a liberdade econômica e a livre concorrência através da incriminação de condutas que

possam alterar o regular funcionamento do mercado, bem como tutelar os valores sociais inseridos como princípios constitucionais da ordem econômica vigente.

c) Sobre os fundamentos dogmáticos do direito penal econômico e sua manifestação como expressão da tutela penal contemporânea

Apesar da divergência terminológica, a denominação direito penal econômico foi consagrada pela AIDP (Associação Internacional de Direito Penal), em seu XIII Congresso, no Cairo em 1984, quando aprovou a seguinte Resolução: "4. A expressão Direito penal econômico se emprega aqui para circunscrever os delitos contra a ordem econômica". Para além disso, essa denominação foi adotada pelas dogmáticas penais alemã, espanhola, portuguesa e brasileira.

No contexto econômico contemporâneo não mais se justifica o conceito dual – restrito e amplo – de direito penal econômico, sendo necessária a elaboração de um conceito unitário que sirva para todos os sistemas jurídico-penais.

Para um conceito unitário de direito penal econômico que possa sintetizar adequadamente a ideia contida nas concepções ampla e restrita (a finalidade de tutelar os elementos da Economia abrangidos pela ordem econômica nacional), deve-se considerar que: a) a ordem econômica é o bem jurídico-penal tutelado pelo direito penal econômico; b) a ordem econômica é a chave para a elaboração e compreensão do conceito do direito penal econômico; c) em face do contexto econômico contemporâneo, no qual predomina a economia de mercado, não mais se justifica uma dupla concepção de ordem econômica nacional.

Assim, pode-se conceituar o direito penal econômico como o conjunto de normas jurídico-penais que tutelam a ordem econômica nacional, compreendendo-se esta como a *ordem jurídica da Economia*, isto é, a estrutura jurídica ordenadora dos elementos que configuram o sistema econômico constitucionalmente estatuído. Noutros termos, a ordem econômica constitui a regulamentação normativa da atividade econômica, que se realiza por meio da produção, circulação, distribuição e consumo de bens econômicos.

O direito penal econômico não se desvincula autonomamente do direito penal comum, pois é uma especialização do direito penal comum com características dogmáticas próprias decorrentes do bem jurídico-penal tutelado. De fato, não é a natureza especial das normas

penais econômicas que autorizam atribuir-se autonomia cientifica a este setor da dogmática jurídico-penal.

O direito penal econômico é um setor da dogmática penal que tutela bens jurídicos supraindividuais, pois sua missão consiste em proteger os elementos essenciais da Economia, que são estruturados juridicamente pela ordem econômica constitucional.

Os bens jurídicos tutelados pelo direito penal econômico representam os interesses econômicos de caráter supraindividual que são abrangidos pela ordem da economia estatuída pelo Estado, ou seja, a economia nacional em sua totalidade e seus distintos setores. Assim, os bens jurídico-penais econômicos são *coisas* como a ordenação econômica e os seus múltiplos sub-sistemas, como, *v. g.*, a concorrência, a estabilidade dos preços, o abastecimento regular do mercado de certos produtos, a confiança na autenticidade e genuidade dos produtos que circulam comercialmente etc.

Analisando-se os dispositivos constitucionais depreende-se que a ordem econômica brasileira abrange o sistema tributário nacional, as relações cambiais e falimentares, o sistema financeiro nacional, os sistema de processamento e comunicação de dados, a dignidade e valorização do trabalho humano, a propriedade privada e sua função social, o meio ambiente, a liberdade de iniciativa econômica, a livre concorrência e as relações de consumo. Esses vários aspectos abrangidos pela ordem econômica não são ontologicamente distintos daquela. São todos espécies de um mesmo gênero jurídico mais amplo, que é a ordem econômica.

Assim, a denominação de crimes contra a ordem econômica expressa com clareza o bem jurídico-penal reconhecido pela própria Constituição e que o legislador deseja tutelar por meio de normas penais, especialmente em razão de seu caráter supraindividual. O delito econômico é uma conduta praticada por um agente econômico durante a realização de suas relações econômicas que lesiona ou põe em perigo um dos elementos que compõem a ordem econômica nacional. O delito econômico atinge diretamente um dos elementos ou interesses econômicos tutelados pela ordem econômica, lesionando o regular funcionamento da economia nacional.

Na atualidade o incremento no exercício da atividade econômica tornou-a uma nova fonte de riscos para diversos bens jurídicos, exigindo uma atuação mais destaca do direito penal sobre as relações econômicas. Nesse contexto, o direito penal econômico apresenta-se como a principal manifestação da dogmática penal e legislação das últimas três décadas, haja vista sua importância nesse cenário de predomínio do aspecto econômico na atualidade. A

copiosa reflexão dogmática sobre o direito penal econômico consiste em tentativas de desenvolvê-lo como um corpo teórico unitário capaz de agrupar todos os denominados delitos econômicos, bem como busca precisar uma definição de criminalidade econômica, considerada a criminalidade dos tempos atuais.Portanto, o direito penal econômico se encontra no centro dos interesses e reflexões penais da dogmática contemporânea.

d) Sobre a tutela antitruste

Denomina-se direito antitruste ou tutela antitruste o conjunto de normas que compõem a tutela jurídica da concorrência com objetivo de controlar o exercício abusivo do poder econômico. A tutela jurídica da concorrência destina-se a prevenir e reprimir os atos anticoncorrenciais imputáveis aos agentes econômicos quando lesivos ao funcionamento regular dos mecanismos da Economia de mercado.

A legislação antitruste norteamericana, especialmente o *Sherman Act*, serviu de fonte 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, alem de ser objeto de inúmeros estudos científicos sobre o tema.

No que tange ao Direito brasileiro, a legislação antitruste americana tem um influência ainda mais direta, pois o primeiro texto legal antitruste – o Decreto-lei nº 869/1938, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, bem como a legislação posterior, foi baseado em grande parte no *Sherman Act*.

O Decreto-lei nº 869/1938 é o primeiro diploma legal destinado a coibir quaisquer atos tendentes a restringir a livre concorrência na economia nacional. Todavia, a primeira lei antitruste brasileira surgiu com a finalidade de reprimir o abuso do poder econômico com vistas a proteger o consumidor, enquanto a legislação americana surgiu para proteger e manter a livre concorrência entre os agentes econômicos.

Atualmente, a Lei nº 8.884/1994 implementou o que se denomina SBDC − Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sistematizando a matéria antitruste e disciplinando o exercício abusivo do poder econômico de modo repressivo, ao prever as práticas anticoncorrenciais capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência nos arts. 20 e 21, e preventivo, à medida que sujeita a eficácia jurídica dos atos e contratos que podem ensejar qualquer forma de concentração econômica à aprovação do CADE.

As normas antitruste têm caráter instrumental porque o Estado pode deixar de aplicá-las quando necessário a um melhor funcionamento do sistema econômico. Assim, a tutela antitruste é um importante instrumento que o Estado dispõe para orientar a atuação dos agentes econômicos e configurar o funcionamento do mercado com o intuito de promover o desenvolvimento da economia nacional.

e) Sobre a tutela penal antitruste no direito penal econômico brasileiro

A tutela penal antitruste no Direito brasileiro surgiu no contexto político da década de 1930, que levou o Estado brasileiro a intervir sobre o mercado para defender os interesses nacionais diante dos efeitos da crise econômica mundial iniciada em 1929.

Nesse contexto político-econômico surgiu o primeiro diploma penal antitruste no Direito brasileiro: o Decreto-lei nº 869/1938, cuja finalidade de reprimir o poder econômico e tutelar a concorrência econômica visava, precipuamente, proteger o consumidor. Assim, a livre concorrência era tutelada penalmente, porém de modo a garantir os interesses econômicos nacionais que o Estado Novo proclamava representar.

Posteriormente, a Lei nº 1.521/1951 repetiu quase *ipsis litteris* os tipos penais previstos no Decreto-lei nº 869/1938 a respeito da repressão ao abuso do poder econômico e proteção da livre concorrência.

Na atualidade, a tutela penal antitruste está prevista na Lei nº 8.137/1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica, cujos dispositivos dos artigos 4º, 5º e 6º incriminam as práticas anticoncorrenciais realizadas com abuso de poder econômico, destinadas a dominar o mercado, a eliminar a concorrência e a aumentar arbitrariamente os lucros.

No que tange à qualificação dogmática penal, a tutela penal antitruste é uma especialidade do direito penal econômico, haja vista sua finalidade de proteger as bases essenciais da Economia de mercado, a saber: a liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Assim, direito penal econômico, por meio de medidas penais antitruste, busca prevenir e corrigir as distorções do próprio sistema capitalista para manter o regular funcionamento do mercado.

O fundamento constitucional da tutela antitruste radica no princípio da repressão ao abuso do poder econômico, estatuído no art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que

estatui a intervenção penal com vistas a controlar as manifestações abusivas do poder econômico que, em razão da liberdade de competição, afetam o regular funcionamento do mercado livre.

Por conseguinte, o direito penal atribui à livre concorrência o *status* de bem jurídico-penal, de modo a protegê-la por meio da tutela penal antitruste para assegurar os fundamentos e o regular funcionamento da economia de mercado livre.

Assim, a Lei nº 8.137/1990 incrimina o comportamento de abusar do poder econômico com o fim de dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar abusivamente os lucros, como determina o art. 173, §4º, da Constituição Federal.

Os arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/1990 descrevem as práticas anticompetitivas indicadoras da abusividade do emprego do poder econômico no mercado contra os demais concorrentes. Observa-se que a conduta nuclear dos tipos penais dos crimes anticoncorrenciais é *abusar do poder econômico*, que se realiza através dos comportamentos descritos nos três artigos (arts. 4º, 5º e 6º) da Lei 8.137/1990, com vistas a dominar o mercado ou eliminar a concorrência.

Em que pese à semelhança entre as condutas descritas nos dispositivos da Lei antitruste nº 8.884/1994 e nos da Lei penal econômica nº 8.137/1990, deve-se reconhecer que não houve revogação desse último diploma legal porque o legislador infraconstitucional ao regulamentar o art. 173, §4º, da Constituição Federal, optou por efetivar a repressão ao abuso do poder econômico e a proteção da livre concorrência por meio de dupla tutela jurídica: administrativa e penal. Com efeito, nada obsta que o legislador escolha estatuir a tutela jurídica de determinado bem jurídico por meio de medidas legais que apresentam graus diferenciados de severidade e de natureza jurídica nas sanções cominadas às infrações contra esse interesse.

Assim, no Direito brasileiro há uma lei penal que pune o abuso do poder econômico para fins proteção da livre concorrência e uma outra lei extrapenal estabelecendo providências de natureza administrativa para tutelar as estruturas – liberdade de iniciativa e livre concorrência – do sistema de livre mercado estabelecido pela ordem constitucional nacional. Com efeito, a Lei nº 8.137/1990 tipifica penalmente o comportamento de abusar do poder econômico para dominar o mercado ou eliminar a concorrência, enquanto a Lei nº 8.884/1994 dispõe sobre as medidas administrativas para evitar as práticas anticoncorrenciais realizadas

em detrimento do regular funcionamento do sistema econômico concorrencial imposto pela Constituição Federal vigente.

f) Sobre a teoria da adequação econômica da conduta e seus fundamentos dogmáticos penais

As peculiaridades do tipo penal econômico – que emprega frequentemente em seu teor elementos normativos – e a fluidez das relações e matérias econômicas – que tornam difícil e incerta a adequação típica dos comportamentos que devem ser considerados crimes econômicos – podem levar a confundir práticas concorrenciais economicamente adequadas ou carentes de antissocialidade com o exercício abusivo do poder econômico.

Para excluir essas condutas do âmbito do injusto penal, deve-se aplicar a teoria da adequação econômica da conduta em face da tutela penal antitruste como critério de interpretação dos elementos normativos do tipo penal econômico e da ilicitude penal econômica, a partir do significado econômico das práticas de uso e de abuso autorizado do poder econômico na esfera do direito econômico nacional.

A teoria da adequação econômica tem seu fundamento dogmático na teoria da adequação social da conduta, que na dogmática penal servem de critério de interpretação valorativa da conduta a partir de seu significado social com o objetivo de delimitar o conteúdo material do injusto penal. A teoria da adequação social da conduta no direito penal foi formulada por Hans Welzel em seu famoso artigo intitulado *Studien zum System des Strafrecht*s, publicado em 1939, baseada na ideia central de que as ações realizadas em conformidade com a ordem histórica social devem ficar fora do conteúdo do injusto.

Hans Welzel demonstrrou que o direito penal não se interessa pela ação humana apenas como um processo causal — fato exterior perceptível sensorialmente —, mas pela ação humana dotada de significado social. Isso porque a realidade sobre a qual se baseia o Direito é a realidade da ação prática da vida social. Com efeito, o direito penal não reprime toda sorte de consequência lesiva aos bens jurídicos, mas somente aquela que considera socialmente inadequada ao convívio social ordenado. A ação é socialmente inadequada quando a atividade, que naturalmente traz um menoscabo ao bem jurídico, ultrapassa os limites necessários à normal convivência em uma ordem social estabelecida historicamente, à medida que os bens jurídicos realizam sua função de bens vitais à vida social.

A teoria da adequação social da conduta visa excluir do âmbito do direito penal as ações socialmente adequadas — isto é, com significado social penalmente irrelevante — em uma ordem social historicamente estabelecida, porque realizadas dentro dos limites da normalidade da liberdade de atuação social em face da atuação funcional dos bens jurídicos.

Assim, a teoria da adequação social é uma regra de valoração, um princípio imanente à construção jurídica, uma vez que, a exemplo da norma jurídica, busca convergir as valorações sociais e éticas vigentes em uma sociedade, em dado momento histórico, e os comportamentos que essa comunidade tem de valorar juridicamente.

Hans Welzel fez várias alterações a respeito da localização e efeitos da teoria da adequação social da conduta em face da teoria jurídica do crime. Todavia, na última formulação, Hans Welzel atribuiu à teoria da adequação social da conduta um caráter de princípio geral de interpretação, para fins de delimitar o efetivo âmbito da responsabilidade penal a ser abrangida pela incidência do tipo penal.

A tutela penal antitruste não proíbe a realização de qualquer ação que implique uma restrição à concorrência como um injusto penal, porque senão se paralisaria o funcionamento do sistema econômico concorrencial. Apenas as ações anticoncorrenciais que ultrapassam os limites normais da liberdade de concorrer no mercado concorrencial devem ser abrangidas por um tipo penal antitruste e consideradas como tipificações de comportamentos concorrencialmente ilícitos.

A adequação econômica da ação se verifica quando as condutas anticompetitivas decorrem da eficiência econômica ou produzem benefícios econômicos que resultam em concretização dos fins socioeconômicos da ordem econômica nacional, uma vez que o tipo penal antitruste não pretende abranger comportamentos que promovem o desenvolvimento econômico nacional.

A teoria da adequação econômica é um princípio para a formulação e interpretação dos elementos do injusto penal econômico (antitruste), porque sua função é identificar o "significado econômico" de uma conduta concorrencial que não é economicamente inadequada e que, por isso, não deve constituir um delito.

Assim, a teoria da adequação econômica da conduta é um juízo valorativo jus-econômico que determina a exclusão do âmbito do injusto penal de todas aquelas ações que se realizam em conformidade com a liberdade de concorrer inata a uma ordem econômica de um sistema econômico capitalista adotado. A teoria da adequação econômica permite verificar a

relevância ou irrelevância do significado econômico da ação concorrencial em face do recorte do exercício do poder econômico que o legislador pretende reprimir com o tipo penal antitruste.

A conduta economicamente adequada é identificada ponderando-se os interesses econômicos, segundo uma relação custo/benefício e em face da dimensão funcional dos bens jurídicos. A ponderação de interesses se refere a uma ação econômica perigosa ou lesiva a algum bem jurídico (p. ex., livre concorrência) em face do interesse geral da sociedade em relação ao adequado desenvolvimento econômico e industrial da nação, que de um modo geral admite a realização de atividades perigosas imanentes ao sistema econômico constitucionalmente consagrado. É com base nesse juízo de ponderação que se determina o limite até onde é possível o agente executar uma conduta economicamente lesiva sem que se concretize sua responsabilidade penal.

O critério de custo/benefício permite considerar uma conduta como economicamente adequada quando o significado e a função econômica da ação indicam que sua realização é positivamente valorada e necessária ao desenvolvimento da economia nacional, não obstante a afetação de bens jurídicos econômicos em meio a sua prática. Assim, sob o prisma desse critério de valoração, são economicamente adequadas as condutas concorrenciais realizadas com a) eficiência econômica ou aquelas que b) beneficiam o progresso e o desenvolvimento econômico nacional.

Assim, a teoria da adequação econômica é um instrumento hermenêutico para a interpretação restritiva dos elementos estruturais do delito a partir do significado e da função da ação na realidade da vida econômica e no direito antitruste. A sua função metodológica consiste em analisar os elementos do injusto penal antitruste com o objetivo de excluir de sua abrangência aquelas ações que materialmente não são consideradas relevantes para o direito penal, indicando o agir normal dentro dos limites da liberdade de atuação econômica e os limites da efetiva responsabilidade penal.

A teoria da adequação econômica da conduta tem seu fundamento mais profundo nas ideias de ordenação e unicidade do Direito, as quais exigem seja o ordenamento jurídico compreendido como um todo unitário e isento de antinomias entre suas normas. Para além disso, esses princípios permitem a aplicação de normas antitrustes permissivas e os pronunciamentos de seus órgãos estatais legalmente competentes diretamente na tutela penal antitruste, para fins de excluir condutas economicamente adequadas do âmbito do injusto penal antitruste.

g) Sobre a função dogmática teoria da adequação econômica da conduta na tutela penal antitruste

Na tutela penal antitruste a função jurídico-penal da aplicação da teoria da adequação econômica da conduta pode ser tanto de excludente de tipicidade penal quanto de justificante penal, dependendo do significado econômico da conduta ou da hipótese legal do direito concorrencial. Significa dizer que os efeitos jurídico-penais da conduta economicamente adequada tanto podem ser de causa impeditiva de concretização do tipo penal antitruste como de causa de exclusão de ilicitude, dependendo da redação do tipo penal implicado ou das hipóteses previstas na norma permissiva extrapenal.

Em sede da intervenção penal na atividade econômica, a dificuldade na elaboração do tipo penal econômico leva o legislador a adotar como técnica legiferante 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 perigosa minimização das garantias da taxatividade que deve acompanhar a descrição das condutas tipificadas e da precisão na compreensão do que constitui o injusto penal.

Essas características dos tipos penais que descrevem os delitos econômicos têm feito surgir um direito penal de caráter "funcional", em detrimento do direito penal da culpabilidade, o qual apresenta como política criminal de enfrentamento à criminalidade econômica uma mudança semântico-dogmática: tipos de "perigo" em vez de dano; incriminação do "risco" em vez de "lesão" efetiva a um bem jurídico; construção de "tipos abertos" em vez de "tipos fechados"; tutela de bem jurídico "coletivo" em vez de bem jurídico "individual" etc.

Por sua vez, os tipos penais antitruste repetem as características dos demais tipos econômicos, pois recorrem largamente ao emprego dos elementos normativos e tipos penais em branco, resultando em redações de pouca clareza e taxatividade.

No que tange à tipicidade no direito penal econômico, o expansionismo criminal e a imprecisão redacional dos tipos penais antitruste permitem que algumas condutas economicamente adequadas e/ou promovidas pela política econômica nacional possam ser alcançadas, indevidamente, pela tipicidade penal.

Diante disso, a teoria da adequação econômica da conduta deve ser aplicada como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal antitruste, para excluir do raio de punitividade do injusto penal antitruste as condutas economicamente adequadas.

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 (Lei nº 8.137/1990, arts. 4º, 5º e 6º). 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.

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.*

O abuso do poder econômico é elemento normativo juridicamente já valorado quando as hipóteses fáticas descritas nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei penal econômica nº 8.137/1990 correspondem exatamente àquelas previstas nos arts. 20 e 21 da Lei antitruste nº 8.8884/1994, que descrevem as infrações à ordem econômica nacional. Nessa hipótese já possui uma significação jurídica (extrapenal) preexistente e o juízo valorativo para a determinação de sua ocorrência e conteúdo realiza-se por meio da aplicação de uma norma jurídica de modo, quase, silogístico, como sói acontecer em relação aos elementos objetivos do tipo penal, porquanto apenas compreensíveis em conexão com o mundo do Direito. *In casu*, as decisões do CADE representam, previamente, o juízo valorativo necessário à confirmação da tipicidade (ou da atipicidade) penal da prática anticompetitiva.

A partir dessa premissa, a teoria da adequação econômica restringe a incidência das normas penais antitruste à medida que declara inexistir crime contra a livre concorrência quando uma decisão do CADE julgou que a prática concorrencial não consiste em exercício abusivo do poder econômico. Nessas hipóteses, há a exclusão da tipicidade penal porque a teoria da adequação econômica indica que a ação constitui uma conduta economicamente adequada, já que o significado econômico desvalorado, inerente ao elemento do tipo penal antitruste, não se verificou na realidade cultural jus-econômica.

O abuso do poder econômico como elemento normativo em sentido estrito (*carente* de valoração) quando não há correspondência entre as situações previstas nos dispositivos penais antitruste e aquelas previstas na lei antitruste extrapenal ou quando inexistir uma valoração (determinação de conteúdo) já preestabelecida ou consagrada no direito antitruste (*v.g.*, ausência de manifestação do CADE sobre o caso concreto ou inexistência de precedentes jurisprudenciais do CADE sobre o assunto). Nessas hipóteses, a compreensão dos casos de

abuso do poder econômico requer uma valoração “mais ou menos subjetiva”, baseada nas concepções existentes na realidade cultural (jus-econômica) representada pelos elementos normativos que materializam o injusto penal antitruste.

Para evitar que condutas economicamente adequadas sejam alcançadas pelas normas penais antitruste, aplica-se a teoria da adequação econômica da conduta como instrumento para interpretar restritivamente os elementos normativos do tipo penal antitruste com vistas a excluir do âmbito do injusto penal toda prática concorrencial realizada em conformidade com a liberdade de iniciativa e concorrencial estatuída pela ordem econômica constitucional.

As práticas concorrenciais restritivas à concorrência são consideradas economicamente adequadas quando sua realização se mantém dentro dos limites de perigo e lesão reconhecidos como essenciais ao regular funcionamento do mercado nacional, apesar de afetar o bem jurídico livre concorrência. Nesses casos, a normalidade e a essencialidade da prática concorrencial impedem que sua anticompetitividade constitua o desvalor exigido pelos elementos normativos das normas penais incriminadoras antitruste, ou seja, verifica-se a ausência de exercício abusivo do poder econômico. Assim, a restrição à concorrência decorrente da realização de uma conduta economicamente adequada não constitui um injusto penal, porque não corresponde ao exercício abusivo do poder econômico indicado pelos elementos normativos dos tipos penais antitruste.

Por outro lado, o desvalor dos elementos normativos do tipo penal antitruste também não se verifica quando a posição privilegiada no mercado ou a vantagem econômica provém da eficiência empresarial do agente econômico, não prejudiciais aos bens jurídicos tutelados pela intervenção penal antitruste.

Efetivamente, inexiste abusividade no exercício do poder econômico quando o agente o exerce por meio de práticas consideradas economicamente adequadas por sua normalidade e imprescindibilidade na vida econômica ou a situação mais vantajosa no mercado decorre de sua maior eficiência econômica. São hipóteses de condutas economicamente adequadas, que têm significado econômico positivamente valorado e mostram-se funcionalmente necessárias ao desenvolvimento da economia nacional, conquanto possam afetar bens jurídicos implicados em sua realização.

A teoria da adequação econômica permite interpretar restritivamente os tipos penais antitruste para excluir a tipicidade penal das condutas economicamente adequadas.

No direito penal econômico, entende-se que é necessária a ilicitude penal material da conduta típica para configuração do injusto penal. A ilicitude penal econômica configura-se quando a antissocialidade da conduta se manifesta em danosidade socioeconômica e contrariedade aos fins da ordem econômica nacional. Em razão da inata competitividade no exercício da atividade econômica capitalista, não se verifica a ilicitude penal econômica sem que antes se materialize a ilicitude na seara jus-econômica extrapenal. Assim, o delito 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

Assim, a teoria da adequação econômica tem natureza de justificante penal nas hipóteses em que determina a exclusão da ilicitude material em razão da existência de uma autorização administrativa referente a conduta típica (decisões do CADE como justificante extrapenal) ou a valoração jus-econômica da ação confirma que inexiste ilicitude material, pois o comportamento é análogo a outros para os quais existe uma previsão legal autorizativa, configurando-se assim como uma justificante supralegal na tutela penal antitruste.

A teoria da adequação econômica da conduta, ao interpretar o injusto penal segundo seu significado antieconômico, permite verificar a ausência ou a presença da ilicitude penal material. A ilicitude penal econômica inexiste quando a conduta típica, apesar de restringir a livre concorrência, promove o desenvolvimento econômico e não contraria os fins da ordem econômica nacional.

Assim, as decisões autorizativas do CADE, com base no art. 54 da lei antitruste, têm o caráter de uma permissão estatal para a realização da conduta típica. Nesses casos, a teoria da adequação econômica atribui à decisão do CADE o caráter de justificante penal, enquanto a conduta típica autorizada se configura como exercício regular de direito, nos termos preconizados no art. 23, III, do Código Penal brasileiro.

Por outro lado, a teoria da adequação econômica determina a exclusão da ilicitude penal material da conduta típica quando a prática concorrencial restritiva da concorrência, que não foi ou que não deve ser submetida à apreciação do CADE, produzir eficiências econômicas (benefícios e desenvolvimento à economia nacional) idênticas àquelas decorrentes dos atos de concentração econômica autorizados pelo CADE, com base no art. 54 e seus parágrafos, da Lei antitruste nº 8.884/1994.

Nessas hipóteses, a teoria da adequação econômica da conduta adquire a função dogmática de causa supralegal de exclusão da ilicitude penal econômica porque identifica a ausência de antissocialidade econômica no comportamento realizado e o declara análogo àquelas hipóteses nas quais uma conduta típica é justificada em virtude de uma autorização administrativa do CADE, baseada no art. 54 e seus parágrafos, da Lei antitruste nº 8.884/1994. De fato, a teoria da adequação econômica assume o caráter de justificante supralegal na tutela penal antitruste à medida que declara ausente a ilicitude penal econômica.

Por fim cabe verificar as conclusões sobre a natureza jurídica e os efeitos penais das decisões do CADE.

As decisões do CADE são atos administrativos parajurisdicionais sujeitos apenas ao controle judicial formal, pois há entendimento firme no sentido de que é defeso ao Poder Judiciário revisar o mérito do ato administrativo, sob pena de violar o constitucional princípio da separação dos poderes do Estado e de substituir indevidamente a Administração Pública em atribuição que lhe é afeta exclusivamente.

Na seara da intervenção penal antitruste, as decisões do CADE constituem interpretação do significado dos elementos normativos do tipo penal dos crimes contra a livre concorrência ou causa de exclusão de ilicitude penal, nas hipóteses em que autorizam práticas lesivas à concorrência. As decisões do CADE constituem interpretação dos elementos normativos do tipo penal antitruste porquanto fixam o significado e a existência dos elementos típicos “abuso do poder econômico”, “posição dominante” etc., os quais exigem conhecimentos técnico-econômicos específicos. São justificantes penais porque são atos estatais que autorizam a realização de uma conduta a princípio típica.

De fato, o julgamento de condutas lesivas à livre concorrência não pode prescindir das análises específicas consolidadas nas decisões do CADE, que é o órgão julgador nato e instrumentalizado para apreciar e julgar tal matéria no Direito brasileiro.

Na tutela penal antitruste, deve-se atribuir às decisões do CADE os mesmos efeitos jurídico-penais conferidos pela alta jurisprudência brasileira aos julgados do Conselho de Contribuintes diante dos crimes tributários. Isso porque ambas as decisões, em essência, decidem sobre a mesma situação jurídico-penal, a saber: a existência ou inexistência da concretização de um elemento de um tipo penal. O CADE decide sobre a existência ou não do abuso do poder econômico na atuação do agente no mercado nacional, enquanto o Conselho de Contribuintes julga se o agente deve o tributo ao Estado. Por essa ótica, depreende-se que

ambas as decisões (do CADE e do Conselho de Contribuintes) são exatamente idênticas em face da intervenção criminal econômica.

REFERÊNCIAS

ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Derecho penal y libre competência. *In* AGUADO, Paz Mercedes de La Cuesta. **Derecho penal economico**. Mendoza/Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

_____. Abanto. Los delitos contra la libre competencia. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, ano III,vol. 3, nº 6, p. 425-441, junho de 1998.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

ACHENBACH, Hans. Anotaciones sobre la evolución del derecho penal económico en Alemania. *In* PUIG, Santiago Mir *et alli*. **Estudios de derecho penal economico**. Caracas: Editorial Livrosca, 2002.

AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho penal economico**. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1959.

_____. El bien jurídico tutelado por el derecho penal economico. **Revista de Ciencias Penales**, nº 2, Tomo XXV, p. 79-91, Santiago do Chile: Instituto de Ciencias Criminales, maio/agosto de 1966.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introdución al derecho**. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2004.

ALMEIDA, Marcus Elidius. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Editora Quartier Lantin, 2004.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. São Paulo: Icone Editora, 1997.

AMPUERO, Raúl. La ideia de legislar en mateia de delito económico. **Revista de Ciencias Penales**. Nº 1, Tomo XXI, p. 22-29, Santiago do Chile: Instituto de Ciencias Penales, jan./jun de 1962.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes − Dec.-Lei n 28/84, de 20 de janeiro − à luz do conceito de bem jurídico. *In* **Direito penal económico e europeu**.Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, nº 25, p. 142-156, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, jan./mar. de 1999.

_____. **Dos crimes contra a ordem econômica.** São Paulo: Editora RT, 1995.

ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do pensamento econômico: uma abordagem introdutória**. São Paulo: Editora Atlas, 1995.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru/SP: Editora Edipro, 2007.

_____. **Política.** Brasilia: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constituición. **Revista Penal**. Ano 1, nº 1, p. 1-15, Barcelona, jan./1998.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal economico aplicado a la atividade empresarial.** Madrid: Editorial Civitas, 1978.

_____. Derecho penal economico: desarrollo economico, protecion penal y cuestiones político-criminales. **Estudios del Ministerio Fiscal**. Nº 1, p. 825-842, Madrid, 1994.

BAJO FERNANDÉZ. Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Rámon Areces, 2001.

BALCARCE, Fabián I. **La antijuridicidad penal: principios generales**. Córdoba/Argentina: Editorial Mediterránea, 2001.

BALDAN, Edson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

BARBERO SANTOS, Marino. Introdución general a los delitos sócio-economicos: los delitos societários. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**. Vol. 10, Fascículo 3, p. 624-636, jul./set. de 1997.

BARBOSA, Pedro Luiz. **Direito penal antitruste: do açambarcamento**. Dissertação de Mestrado, São Paulo: USP - Universidade de São Paulo, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha. **O poder econômico perante o direito**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

BATISTA, NILO. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, p. 78-89, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. **La doctrina del delito-tipo.** Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BENETI, Sidnei. A Constituição e o sistema penal. **Revista Ajuris,** Porto Alegre, nº 156, p. 154/176, 1992.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** Ano 3, nº 11, p. 118-230, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, jul./set. de 1995.

_____. **Tratado de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UNB, 1999.

BOIX REIG, Javier (Diretor). **Diccionario de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Iustel, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

_____. O direito penal econômico e os crimes de concorrência desleal. **Revista da Faculdade de Direito de Olinda,** vol. 2, nºs 2-3, p. 107-124, Olinda: Associação de Ensino Superior de Olinda, jan./dez. de 1998.

_____. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora RT, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral, Tomo I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Perspectivas atuais do direito penal econômico. **Fascículos de Ciências Penais**. Ano 4, vol. 4, nº 2, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, ab./jun. de 1991.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao mercosul**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los orígenes de la teoria de la adecuación social**. Coleccion de Estudios nº 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. Teoria de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoria de la adecuación social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 55, p. 135/161, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, jul.-agosto de 2005.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Lei penal econômica e objeto de proteção: o bem jurídico econômico. *In* SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Ciências criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 anos da**

Faculdade de Direito do Recife (11.08.1827 – 11.08.2007). Recife: Editora universitária UFPE, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Editora Lejus, 1999.

_____. **Como nasce o direito**. Campinas/SP: Russel Editores, 2008.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Direito penal: questões fundamentais**. Parte geral. Porto: Publicações Universidade Católica, 2006.

CARVALHO, Márcia Dometila de. **Fundamentação constitucional do direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Belo horizonte: Del Rey Editora, 1998.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Ano 11, Nº 43, p. 81/108, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, ab./jun de 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, ano 54, vol. 353, São Paulo: Editora RT, março de 1965.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Conceito e contexto para o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**. Ano 93, vol. 829, p.429-449, São Paulo: Editora RT, Nov./2004.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito – la doctrina finalista**. Barcelona: Editorial Ariel, 1963.

CORRÊA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro: o societarismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal econômico. *In* **Direito penal económico e europeu**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

_____. Notas críticas à penalização de actividades económicas. *In* **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

COSTA, Jose de Faria. Breves reflexões sobre o decreto-lei nº 207-B75 e o direito penal econômico. *In* **Direito penal económico e europeu**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

_____. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

_____. **Noções fundamentais de direito penal: *fragmenta iuris poenalis.* Introdução.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. O direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. *In* **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. *In* **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito penal econômico: a pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas**. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo.** São Paulo: Editora RT, 2008.

DESCARTES, René**. Discurso do método**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora RT, 1999.

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

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

_____. **La ilicitud. La estrutura de la teoría del delito**.Buenos Aires: Editorial Libreria El Foro, sem data.

DOTTI, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, p. 131-158, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ETCHEVERRY, Alfredo. Objetividade jurídica do delito econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.** Ano II, nº 6, p. 99/107, Rio de Janeiro, jul./set. de 1964.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no direito penal**: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FARINA, Laércio. Do processo administrativo da natureza do ato. **Revista do IBRAC**, v. 3, nº 6, p. 104/108, 1996.

FEIJÓ, Ricardo. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

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

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. **Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Luterana do Brasil**. Vol. 6, nº 2, p. 395-446, Canoas/RS: Edições ULBRA, 2º sem./2005.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**. Nº 21, p 23-30, Brasília: CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, out./dez. de 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

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

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

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

_____. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

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

_____. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Nº 77, p.35-61, São Paulo: TRF, maio/jun de 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982.

_____. O novo direito penal tributário e econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano III, nº 12, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Ensaios reunidos**. A lei antitruste brasileira e o conselho administrativo de defesa econômica (CADE): alguns aspectos. São Paulo: Editora Singular, 2004.

_____. **Ensaios reunidos**. Disciplina jurídica do abuso do poder econômico. São Paulo: Editora Singular, 2004.

_____. **Ensaios reunidos**. Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2004.

_____. **Ensaios reunidos**. Sumário histórico dos antecedentes legislativos da chamada "lei antitruste" brasileira (Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962). São Paulo: Editora Singular, 2004.

_____. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Controle social e violência no mundo globalizado. *In* **Direito ao extremo.** BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Mauricio. (orgs.) Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cart**éis. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: Editorial La Ley, 2008.

GIORDANI, Mário. **Direito penal romano**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

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

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. **El princípio de la antijuridicidad material: regulación y aplicación.** Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

GÓMEZ URSO, Juan Facundo. **Tipicidad penal: origen, evolución histórica, características, funciones y elementos del tipo penal**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2005.

GÓMEZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI, Buenos Aires: Companhia Argentina de Editores, 1942.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.

_____. **Prolegómenos para la lucha por modernización y expansión del derecho penal y para la critica del discurso de resistencia**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora RT, 1981.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora RT, 2005.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito penal econômico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona: Editorial Bosch, 1984.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**. Obras completas. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. São Paulo: Editora Atlas, 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955.

_____. **Dos crimes contra a economia popular e das vendas e prestações com reserva de domínio**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1939.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2005.

JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones actuales del derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2004.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri/SP: Editora Manole, 2003.

_____. **El derecho penal como disciplina científica.** Pamplona: Editorial Thomson-Civitas, 2008.

_____. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Editora RT, 2003.

_____. **La ciencia del derecho penal ante las exigências Del presente**. Cuadernos de conferencias y artículos nº 24, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

JALIL, Mauricio Schaun. **Criminalidade econômica: e as novas perspectivas de repressão penal.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

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

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **La tipicidad**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1955.

KALACHE, Mauricio. Direito penal econômico. *In* PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Editora RT, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995

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

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

_____. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo II. Campinas: Russell Editores, 2003b.

LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o principio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: SAFE – Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação** penal. Porto Alegre: SAFE - Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LUNA, Everardo Cunha. **Capítulos de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

LYRA, Roberto. **Criminalidade econômico-financeira: introdução**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

_____. **Dos crimes contra a economia: doutrina, legislação e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1940.

MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. **O abuso de poder econômico: apuração e repressão**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MALAMUD GOTI, Jaime. E. **Derecho penal de la competencia: abastecimientos – monopólios.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1984.

MANCEBO, Pércio. A lei antitruste. **Boletim do IBCCrim** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), ano 3, nº 31, São Paulo: IBCCrim, julho de 1995.

MANTECCA, Paschoal. **Crimes contra a economia popular e sua repressão**. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

MARQUES, José Frederico. Direito penal econômico − princípios sobre a interpretação de suas normas – do conceito de monopólio. *In* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga;

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985.

MÁRQUÉZ PIÑERO, Rafael. **Teoría de la antijuridicidad**. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa.** Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. **Derecho penal economico**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. Parte general, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

_____. **Parecer**. *In* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. *In* POSSAS, Mario Luiz. **Ensaios sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2002.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1935.

MIR, José Cerezo. **Derecho penal**. Parte general. Obras completas I. São Paulo: Editora RT/ Lima/Peru: ARA Editores, 2007.

MIRANDA GALLINO, Rafael. **Delitos contra el orden económico**. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Tomo II, Madrid: La España Moderna Editora, 1898.

MONTESQUIEU, (Charles-Louis de Secondat) Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Crimes contra a economia popular. *In* **Direito penal dos negócios**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1989.

MORAES, Maurício Zanoide de. O problema da tipicidade nos crimes contra as relações de consumo. *In* SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). **Direito penal empresarial.** São Paulo: Editora Dialética, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas em los delitos económicos. **Revista Penal**. Ano 1, nº 1, p. 67-77, Barcelona, jan./1998.

_____. La ideologia de los delitos contra el orden sócio-economico en el proyeto de ley organica de codigo penal. **Cuardenos de Política Criminal**. nº 16, p. 107-133, Madrid: Instituto de Criminologia da Universidad Complutense de Madrid, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

MUSCO, Enzo. El nuevo derecho penal econômico entre o poder legislativo e o poder executivo. *In* TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; SÁNCHEZ, Maria Acale (org.). **Temas de derecho penal econômico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O CADE e a repressão ao abuso do poder econômico. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito da UFPE**, nº 14, p. 70-118, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2004.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de direito penal e criminologia**. Nº 33, p. 91-121, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982.

NUNES, A. J. Avelãs. **Noção e objecto da economia política**. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

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

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal.** São Paulo: Editora RT, 1981.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem econômica e direito penal antitruste**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

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

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Direito penal econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1996.

_____. **Crimes do poder econômico**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1993.

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

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

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

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes econômicos e responsabilidade penal de pessoas jurídicas**. Bauru/SP: Editora Edipro, 1997.

PATERNITI, Carlo. **Diritto penale dell'economia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1988.

PEREIRA, Affonso Insuela. **O direito econômico na ordem jurídica**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introdução al derecho penal econômico. *In* BACIGALUPO, Enrique (Dir.). **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2004.

PETROCELLI, Biagio. **L'Antigiuridicitá**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1955.

PETTER, Josué Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Editorial RT, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica.** São Paulo: Editorial RT, 2004.

_____. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Editora RT, 2003.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Ano 43, nº 170, p. 159-173, ab./jun. de 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editorial RT, 1973.

PINHEIRO JUNIOR, Gilberto José. **Crimes econômicos: as limitações do direito penal**. Campinas: Edicamp, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (Orgs.). **Manual de Economia: equipe de professores da USP**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

PINTO. Tabajara Novazzi. **Direito penal econômico: erros técnicos na legislação vigente**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

PLATÃO. **A república**. Bauru/SP: Editora Edipro,2001.

_____. **As leis**. Bauru/SP: Editora Edipro, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Editora RT, 1996.

_____. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora RT, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1998.

_____. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

RAMIM, Áurea Regina de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. Brasília: Editora Fortium, 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, nº 28, p.116-129, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, out./dez. de 1999.

_____. **Instituições de direito penal.** Parte geral, vol. 1, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. **Problemas penais concretos**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais. *In* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso. Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1985.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

RIGHI, Esteban. **Antijuridicidad y justificación**. Buenos Aires: Ediciones Lumiere, 2002.

_____. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1991.

_____. **Los delitos económicos**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2000.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. **Revista dos Tribunais**, ano 89, vol. 775, p.432-448, São Paulo: Editora RT, maio/2000.

RIVACOBA, Manuel de Rivacoba y. **Las causas de justificación**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995.

RODRIGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. **El derecho penal en la actividade económica**. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2000.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. **Adecuación social y teoria jurídica del delito: sobre el contenido y los limites de uma interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales.** Córdoba/Espanha: Serviço de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1992.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. São Paulo: Editorial Atlas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

_____**. Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

ROYSEN, Joyce. Historia da criminalidade econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 11, nº 42, p. 192-213, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, jan./mar. de 2003.

RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. La teoria de la adecuación social. *In* HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (Directores). **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenário del nacimiento de Hans Welzel**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

RUSSUEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 2003.

SACHER, Mariana. Rasgos normativos em la teoria de la adecuación social de Welzel? *In* HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (Directores). **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenário del nacimiento de Hans Welzel**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas.** São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**. Ano 85, vol. 725, p. 407-423, São Paulo: Editora RT, março de 1996.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador/BA: Editora JusPodium, 2008.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Gerson Pereira dos. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1981.

SANTOS, Joyce Araujo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/Editora Lumen Juris, 2005.

_____. Direito penal econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia.** nº 33, p. 197-201, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./jun. de 1982.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Parte general. Barcelona: Editorial Bosch, 1956.

SCIORILLI, Marcelo. **A ordem econômica e o ministério público**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

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

SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as Leis n. 8.137/90 e 8.884/94. *In* VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. **Direito penal econômico: análise contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva - Série GV*law* - , 2009.

SILVA, Américo Luis Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003b.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Editora Juspodium, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003a.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal.** Curitiba: Editora Juruá, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo.** São Paulo: Editora RT, 2006.

_____. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora RT, 2003.

SMANIO, Gianpaolo. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Tomo I, Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1978.

SOUZA, Nali de. **Curso de economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: Editora LTr, 2005.

STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 3, nº 11, p. 208-230, São Paulo: Editora RT/Ibccrim, jul./set. de 1995.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime.** Binghamton/NY: Vail-Ballou Press, 1983.

_____. **El delito de cuello Blanco**. Madrid: Ediciones La Piqueta, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Direito econômico constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000,

_____. **Teorías del delito: variaciones - tendencias**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983.

_____. **Teorias do delito: variações e tendências.** São Paulo: Editora RT, 1980.

THOMPSON, Augusto. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1976.

THÓT, Ladislau. **A evolução histórica da sciência de direito penal**. Lisboa: Tip. Cadeia Nacional, 1931.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal econômico. **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales.** Ano 4, nº 5 a8, p.461/475, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1975.

_____. **Poder económico y delito: introdución al derecho penal econômico y de La empresa.** Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

_____**.. Lecciones de derecho penal económico**. Barcelona: Editorial PPU, 1993.

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

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

VASCONCELLOS; Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. São Paulo: Editorial Saraiva, 2004.

VIDIGAL, Geraldo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Editora RT, 1977.

VIEIRA, Padre Antonio. Sermão da quarta-feira de cinzas de 1672 em Roma. **Sermões.** Vol. 1. Porto: Lello e Irmão Editores, 1993.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

VILLEGAS CAYON, Jaime Villegas. **Monopolio y competência. Las leys antitrust de los Estados Unidos: base de la libertad economica**. Madrid: Editorial Libreria Juridica Villegas, 1970.

VOLTAIRE (Francois Marie Arouet). **Dicionário filosófico**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte geral, Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 2002.

_____. **Direito penal alemão.** Campinas: Editora Romana, 2003.

_____.. **El nuevo sistema del derecho penal: una introdución a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Airs: Editorial B de F, 2006.

_____.. **Estudios de derecho penal.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

WESSELS, Johannes. **Direito penal.** Parte geral. Porto Alegre: SAFE – Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

WOLF, Erik. **Las categorias de la tipicidad.** Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.

XENOFONTE. **Econômico.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, São Paulo: Editora RT, 1997.

ZANON, Artemio. **Introdução à ciência do direito penal**. Florianopólis: OAB/SC Editora, 2000.

ANEXOS

1. LEGISLAÇÃO NACIONAL

I – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (excertos)

II - Decreto-lei n. 869 de 18 de novembro de 1938.

III - Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951

IV - Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (excertos)

V - Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (excertos)

2. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

I - *Sherman Antitrust Act* − 2 de julho de 1890

ANEXO 1

LEGISLAÇÃO NACIONAL

I – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (excertos)

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

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

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.(Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - a alíquota da contribuição poderá ser: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) diferenciada por produto ou uso; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b)reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III, *b*; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - os recursos arrecadados serão destinados: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

[...]

CAPÍTULO IV

DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

[...]

Brasília, 5 de outubro de 1988.

II - Decreto-lei n. 869 de 18 de novembro de 1938.

Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

O Presidente da Republica, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza:

I, destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo ;

II, abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III, promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV, reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V, vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI, provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer ouro artifício;

VII, dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII, exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX, gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vialícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, oom ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X, fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registos, relatórios, pareceres e outras irformações devidas a sócios de sociedades civís ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quoas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000$000 a 50:000$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:

I, celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

II, transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias;

IlI, obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve¿, ¿cadeias¿, "pichardismo", ete.)

IV, violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto;

V, fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00$000 a 10:000$000.

Art. 4º Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, alem daquela taxa;

b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena: 6 meses a 2 anos de prisão celular e multa de 2:000$000 a 10:000$000.

§ 1º Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários do crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessivas transmissões ou execução judicial.

§ 2º São circunstâncias agravantes do crime de usura:

I, ser cometido em época de grave crise econômica;

II, ocasionar grave dano individual;

III, dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV, ser praticado:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso;por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 anos ou de deficiente mental, interditado ou não;

V, a reincidência.

§ 3º A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

Art. 5º Quando qualquer dos crimes definidos nesta lei for praticado em nome de pessoa jurídica, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderá interditá-la, uma vez passada em julgado a sentença, sem prejuízo da sanção imposta aos responsáveis.

Art. 6º Os crimes definidos nesta lei são inafiançáveis e serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Neles não haverá suspensão da pena nem livramento condicional.

Art. 7º. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação; revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 1938, 117º da Independência e 50º da República.

GETULIO VARGAS.

Francisco Campos

III - Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951

Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º São crimes desta natureza.

I) Recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-Ia a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

II) favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

III) expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao pêso e composicão;

IV) negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, dêsde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e enderêço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês;

V) ministrar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidade desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

VI) transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expôr à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

VII) negar ou deixar o vendedor de fonecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de dez cruzeiros ou de especificar na nota ou caderno - que serão isentos de sêlo - o preço da mercadoria vendida, o nome e o enderêço do estabelecimento a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês;

VIII) celebrar ajuste para impôr determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

IX) obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (¿bola de neve¿, ¿cadeias¿, ¿pichardismo¿ e quaisquer outros equivalentes);

X) violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a cousa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato fôr rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que à correspondente à depreciação do objeto;

XI) fraudar pêsos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudado.

Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outra, de defesa de economia popular, sua guarda e seu emprêgo considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

Art. 3º São também crimes dessa natureza:

I) destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II) abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III) promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV) reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V) vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI) provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII) dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII) exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma emprêsa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX) gerir fraudulenta ou temeràriamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas *Raiffeisen*; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou a insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.

X) fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a Cr$1.000,00 com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena - detenção de dois anos a dez anos e multa de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Art. 4º Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sôbre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sôbre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 1º Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatário ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários de crédito usurário que ciente de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

§ 2º São circunstâncias agravantes do crime de usura:

I) ser cometido em época de grave crise econômica;

II) ocasionar grave dano individual;

III) dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV) quando cometido;

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou de Agricultor; de menor de 18 anos ou de deficiente mental, interditado ou não.

§ 3º A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o Juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

Art. 5º Nos crimes definidos nesta Lei não haverá suspensão da pena nem livramento condicional, salvo quando o infrator fôr empregado do estabelecimento comercial ou industrial ou não ocupe cargo ou pôsto de direção dos negócios. Será a fiança concedida, nos têrmos da legislação em vigor, devendo ser arbitrada dentro dos limites de cinco mil cruzeiros a cinqüenta mil cruzeiros nas hipóteses do art. 2º, e dentro dos limites de dez mil a cem mil cruzeiros nos demais casos reduzida a metade dentro dêsses limites, quando o infrator fôr empregado do estabelecimento comercial ou industrial ou não ocupe cargo ou pôsto de direção dos negócios.

Art. 6º Verificado qualquer crime contra a economia popular ou contra a saúde pública (cap. III do tit. VIII do Código Penal) e atendendo à gravidade do fato, sua repercussão e efeitos, o Juiz, na sentença declarará a interdição de direito, determinada no artigo 69, nº IV, do Código Penal, de seis meses a um ano assim como mediante representação da autoridade policial, poderá decretar, dentro de quarenta e oito horas, a suspensão provisória, pelo prazo de quinze dias, do exercício da profissão ou atividade do infrator.

Art. 7º Os juizes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial.

Art. 8º Nos crimes contra a saúde pública, os exames periciais serão realizados, no Distrito Federal, pelas repartições da Secretaria Geral de Saúde e Assistência e da Secretaria da Agricultura, Indústria e Comércio da Prefeitura ou pelo Gabinete de Exames Periciais do Departamento de Segurança Pública e nos Estados e Territórios pelos serviços congêneres, valendo qualquer dos laudos como corpo de delito.

Art. 9º Constitui contravenção penal relativa à economia popular:

I) receber, ou tentar receber, por motivo de locação, sublocação ou cessão de contrato, quantia ou valor além do aluguel e dos encargos permitidos por lei;

II) recusar fornecer recibo de aluguel;

III) cobrar o aluguel, antecipadamente, salvo o disposto no parágrafo único do art. 11 da Lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950;

IV) deixar o proprietário, o locador e o promitente comprador, nos casos previstos nos itens II a V, VII e IX do art. 15 da Lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, dentro em sessenta dias, após a entrega do prédio de usá-lo para o fim declarado;

V) não iniciar o proprietário, no caso do item VIII do art. 15 da Lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, a edificação ou reforma do prédio dentro em sessenta dias, contados da entrega do imóvel;

VI) ter o prédio vazio por mais de trinta dias, havendo pretendente que ofereça como garantia de locação importância correspondente a três meses de aluguel;

VII) vender o locador ao locatário os móveis e alfaias que guarneçam o prédio, por preço superior ao que houver sido arbitrado pela autoridade municipal competente.

VIII) obstar o locador ou o sublocador, por qualquer modo, o uso regular do prédio urbano, locado ou sublocado, ou o fornecimento ao inquilino, periódica ou permanentemente, de água, luz ou gás.

Pena: prisão simples de cinco dias a seis meses e multa de mil a vinte mil cruzeiros.

Art. 10. Terá forma sumária, nos têrmos do capítulo V, título II, livro II, do Código de Processo Penal, o processo das contravenções e dos crimes contra a economia popular, não submetidos ao julgamento pelo Júri.

§ 1º Os atos policiais (inquérito ou processo iniciado por portaria) deverão terminar no prazo de dez dias.

§ 2º O prazo para oferecimento da denúncia será de dois dias, esteja ou não o réu prêso.

§ 3º A sentença do Juiz será proferida dentro do prazo de trinta dias contados do recebimento dos autos da autoridade policial (art. 536 do Código de Processo Penal)

§ 4º A retardação injustificada, pura e simples, dos prazos indicados nos parágrafos anteriores, importa em crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal).

Art. 11. No Distrito Federal, o processo das infrações penais relativas à economia popular caberá, indistintamente, a tôdas as varas criminais com exceção das 1ª e 20ª, observadas as disposições quanto aos crimes da competência do Júri de que trata o art. 12.

Art. 12. São da competência do Júri os crimes previstos no art. 2º desta Lei.

Art. 13. O Júri compõe de um juiz, que é o seu presidente, e de vinte jurados sorteados dentre os eleitores de cada zona eleitoral, de uma lista de cento e cinqüenta a duzentos eleitores, cinco dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento.

Art. 14. A lista a que se refere o artigo anterior será semestralmente organizada pelo presidente do Júri, sob sua responsabilidade, entre pessoas de notória idoneidade, incluídos de preferência os chefes de família e as donas de casa.

Art. 15. Até o dia quinze de cada mês, far-se-á o sorteio dos jurados que devam constituir o tribunal do mês seguinte.

Art. 16. o Júri funcionará quando estiverem presentes, pelo menos quinze jurados.

Art. 17. O presidente do Júri fará as convocações para o julgamento com quarenta e oito horas de antecedência pelo menos, observada a ordem de recebimento dos processos.

Art. 18. Além dos casos de suspeição e impedimento previstos em Lei, não poderá servir jurado da mesma atividade profissional do acusado.

Art. 19. Poderá ser constituído um Júri em cada zona eleitoral.

Art. 20. A presidência do Júri caberá ao Juiz do processo, salvo quando a Lei de organização judiciária atribuir a presidência a outro.

Art. 21. No Distrito Federal, poderá o juiz presidente do Júri representar ao Tribunal de Justiça para que seja substituído na presidência do Júri por Juiz substituto ou Juízes substitutos, nos têrmos do art. 20 da Lei nº 1.301, de 28 de dezembro de 1950. Servirá no Júri o Promotor Público que fôr designado.

Art. 22. O Júri poderá funcionar com pessoal, material e instalações destinados aos serviços eleitorais.

Art. 23. Nos processos da competência do Júri far-se-á a instrução contraditória, observado o disposto no Código de Processo Penal, relativamente ao processo comum (livro II, título I, capítulo I) com às seguintes modificações:

I) o número de testemunhas, tanto para a acusação como para a defesa, será de seis no máximo.

II) Serão ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa, dentro do prazo de quinze dias se o réu estiver prêso, e de vinte quando sôlto.

III) Havendo acôrdo entre o Ministério Público e o réu, por seu defensor, mediante têrmo lavrado nos autos, será dispensada a inquirição das testemunhas arroladas pelas partes e cujos depoimentos constem do inquérito policial.

IV) Ouvidas as testemunhas e realizada qualquer diligência porventura requeda, o Juiz, depois de sanadas as nulidades e irregularidades e determinar ou realizar qualquer outra diligência, que entender conveniente, ouvirá, nos autos, sucessivamente, por quarenta e oito horas, o órgão do Ministério Público e o defensor.

V) Em seguida, o Juiz poderá absolver, desde logo, o acusado, quando estiver provado que êle não praticou o crime, fundamentando a sentença e recorrendo *ex-officio*.

VI) Se o Juiz assim não proceder, sem manifestar, entretanto, sua opinião, determinará a remessa do processo ao presidente do Júri ou que se faça a inclusão do processo na pauta do julgamento se lhe couber a presidência.

VII) São dispensadas a pronúncia e a formação de libelo.

Art. 24 O órgão do Ministério Público, o réu e o seu defensor, serão intimados do dia designado para o julgamento. Será julgado à revelia o réu sôlto que deixar de comparecer sem justa causa.

Art. 25 Poderão ser ouvidas em plenário as testemunhas da instrução que, previamente, e com quarenta e oito horas de antecedência, forem indicadas pelo Ministério Público ou pelo acusado.

Art. 26 Em plenário, constituído o conselho de sentença, o Juiz tomará aos jurados o juramento de bem e sinceramente decidirem a causa, proferindo o voto a bem da verdade e da justiça.

Art. 27. Qualificado a réu e sendo-lhe permitida qualquer declaração a bem da defesa, observada as formalidades processuais, aplicáveis e constantes da seção IV do cap. II do livro Il, tit. I do Código de Processo Penal, o juiz abrirá os debates, dando a palavra ao órgão do Ministério Público e ao assistente, se houver, para dedução da acusação e ao defensor para produzir a defesa.

Art. 28. O tempo, destinado à acusação e à defesa será de uma hora para cada uma. Havendo mais de um réu, o tempo será elevado ao dôbro, desde que assim seja requerido. Não haverá réplica nem tréplica.

Art. 29. No julgamento que se realizará em sala secreta com a presença do Juiz, do escrivão e de um oficial de Justiça, bem como dos acusadores e dos defensores que se conservarão em seus lugares sem intervir na votação, os jurados depositarão na urna a resposta - sim ou não - ao quesito único indagando se o réu praticou o crime que lhe foi imputado.

Parágrafo único. Em seguida, o Juiz, no caso de condenação, lavrará sentença tendo em vista as circunstâncias atenuantes ou agravantes existentes nos autos e levando em conta na aplicação da pena o disposto nos arts. 42 e 43 do Código Penal.

Art. 30. Das decisões do Júri, e nos têrmos da legislação em vigor, cabe apelação, sem efeito suspensivo, em qualquer caso.

Art. 31. Em tudo mais que couber e não contrariar esta Lei aplicar-se-á o Código de Processo Penal.

Art. 32. É o Poder Executivo autorizado a abrir ao Poder Judiciário o crédito especial de Cr$2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros) para ocorrer, Vetado, às despesas do pessoal e material necessários à execução desta Lei no Distrito Federal e nos Territórios.

Art. 33. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias depois de sua publicação, aplicando-se aos processos iniciados na sua vigência.

Art. 34. Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 26 de dezembro de 1951; 130º da Independência e 63º da República.

GETÚLIO VARGAS

Francisco Negrão de Lima

Horácio Lafer

IV - Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (excertos)

Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

[...]

CAPÍTULO II

Dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo

Dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo

Art. 4° Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

a) ajuste ou acordo de empresas;

b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;

d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;

e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;

f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Art. 5° Constitui crime da mesma natureza:

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Art. 6° Constitui crime da mesma natureza:

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Brasília, 27 de dezembro de 1990; 169° da Independência e 102° da República.

FERNANDO COLLOR

Jarbas Passarinho

Zélia M. Cardoso de Mello

V - Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (excertos)

Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

TÍTULO I

Das Disposições Gerais

CAPÍTULO I

Da Finalidade

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

CAPÍTULO II

Da Territorialidade

Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. *(Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. *(Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

TÍTULO II

Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

CAPÍTULO I

Da Autarquia

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

CAPÍTULO II

Da Composição do Conselho

Art. 4º O Plenário do Cade é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. *(Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)*

§ 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução.

§ 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 3º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do Cade, assumirá o Conselheiro mais antigo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

§ 4º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.

§ 5° Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52, § 2°, e 54, §§ 4°, 6°, 7° e 10, desta Lei, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do **quorum**. (Incluído pela Lei nº 9.470, de 10.7.97)

Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Cade que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.

Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;

VI - exercer atividade político-partidária.

CAPÍTULO III

Da Competência do Plenário do Cadê

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

IV - decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;

V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

VI - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;

VII - apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;

VIII - intimar os interessados de suas decisões;

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei;

XI - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei;

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei;

XIV - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XV - determinar à Procuradoria do Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

XVI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;

XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nen aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. *(Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

XX - propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal;

XXI - elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei.

XXII - indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento. *(Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

CAPÍTULO IV

Da Competência do Presidente do Cadê

Art. 8º Compete ao Presidente do Cade:
I - representar legalmente a autarquia, em juízo e fora dele;
II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;
III - distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário;
IV - convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta;
V - cumprir e fazer cumprir as decisões do Cade;
VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia;
VII - assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho;
VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade;
IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

CAPÍTULO V

Da Competência dos Conselheiros do Cadê

Art. 9º Compete aos Conselheiros do Cade:

I - emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário;

II - proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores;

III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

IV - adotar medidas preventivas fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;

v - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento.

[...]

TÍTULO V

Das Infrações da Ordem Econômica

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

CAPÍTULO II

Das Infrações

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, 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;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.*(Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

II - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinqüenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.*(Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do Cade determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, Seae, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração

punível com multa diária de 5.000 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator. *(Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)*

§ 1º O montante fixado para a multa diária de que trata o caput deste artigo constará do documento que contiver a requisição da autoridade competente. *(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

§ 2º A multa prevista neste artigo será computada diariamente até o limite de noventa dias contados a partir da data fixada no documento a que se refere o parágrafo anterior. *(Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

§ 3º Compete à autoridade requisitante a aplicação da multa prevista no caput deste artigo. *(Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

§ 4º Responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata este artigo, a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento, no País, de empresa estrangeira. *(Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

§ 5º A falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.700,00 (dez mil e setecentos reais), conforme sua situação econômica, que será aplicada mediante auto de infração pela autoridade requisitante. *(Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

Art. 26-A. Impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de R$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pela Secretaria competente. *(Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

[...]

TÍTULO VII

Das Formas de Controle

CAPÍTULO I

Do Controle de Atos e Contratos

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. *(Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)*

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. *(Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)*

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;

II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;

III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;

IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;

V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;

VI - o prazo de duração da sociedade;

VII - o número, espécie e valor das ações.

Art. 57. Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução.

[...]

Brasília, 11 de junho de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

ANEXO 2

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

I - *Sherman Antitrust Act* (2 de julho de 1890)

Secção 1- Se declara ilegal todo acordo, contrato o agrupamento de empresas (sob a forma de truste ou qualquer outra forma) que tenda a restringir a concorrência na industria ou no comercio entre os diferentes Estados da União. Ou da União com nações estrangeiras. Toda pessoa que realizar tal classe de contratos ou tome parte em tais agrupamentos ou acordos se presumirá culpável de um delito, e se for declarada convicta disto será castigada com multa que não exceda cinco mil dólares ou com prisão de não mais de um ano ou com ambas penas do tribunal o estimar oportuno.

Secção 2- Toda pessoa que monopolize ou tente monopolizar ou se ponha de acordo com outra ou outras pessoas para monopolizar um ramo qualquer da industria ou do comércio (entre os diferentes Estados, ou União com as nações estrangeiras), será considerado culpável de um delito, e se for declarada convicta com multa que não exceda cinco mil dólares ou com prisão de não mais de um ano ou com as duas penas citadas, a critério do tribunal.

Secção 3- Se declara ilegal todo contrato, agrupamento (sob a forma de truste ou qualquer outra forma) o acordo cuja finalidade seja restringir a concorrência na industria ou no comércio em qualquer território dos Estados Unidos, ou no distrito de Columbia, ou que tenda a restringir a concorrência no comércio entre algum, dos citados territórios e outros, ou entre qualquer território ou quaisquer territórios e qualquer Estado ou Nações estrangeiras. Toda pessoa que realizar qualquer contrato ou forme parte de qualquer agrupamento ou acordo dos tipos referidos será considerada culpada de um delito, e havendo convicção disto, será punida com multa que não exceda cinco mil dólares (atualmente cinqüenta mil) ou com prisão de não mais de um ano ou com as duas penas citadas, a critério do tribunal.

Secção 4- Os tribunais de circunscrição dos Estados Unidos são competentes para impedir e reprimir as infrações desta lei; e será dever dos procuradores distritais dos Estados Unidos, em seus respectivos distritos, sob a direção do procurador-geral, iniciar processos baseados na equidade para impedir ou reprimir essa violação. Tais processos podem exprimir-se por petição que exponha o caso e solicite que tal violação seja prescrita ou de qualquer forma proibida. Devidamente notificada às partes, o Tribunal tão breve quanto possível, procederá ao julgamento do caso e sentenciará; durante o processo e antes da decisão final o Tribunal poderá, a qualquer tempo e se assim julgar justo, determinar a repressão ou proibição temporária da prática de violação.

Secção 5- Sempre que o Tribunal ante o qual se desenrole processo dos especificados na secção 4 desta lei considere que para os fins da justiça se requer a presença de outras partes ante este Tribunal, poderá citá-las tanto se residirem como se tampouco não residam na circunscrição do tribunal; para o cumprimento os distritos poderão impor as subpenas correspondentes.

Secção 6- Qualquer propriedade que seja possuída em virtude de algum contrato, agrupamento ou acordo dos mencionados na secção 1 desta lei que esteja em curso de transporte de um Estado para outro, ou para um país estrangeiro, será confiscado pelos Estados Unidos e seu proprietário poderá ser detido, e condenado por procedimento análogo ao estabelecido pela lei para o confisco, sequestro e condenação de bens importados ilegalmente.

Secção 7- Qualquer pessoa que for prejudicada em seu negócio ou propriedade por atuação de qualquer outra pessoa ou corporação através de alguns dos meios proibidos ou declarados ilegais nesta lei, poderá interpor uma demanda ante o Tribunal da circunscrição na qual se encontra o acusado, não importando o valor da causa, e será indenizado em importância igual ao triplo do prejuízo por ele sofrido, mais as custas do processo, inclusiva remuneração razoável para o procurador.

Secção 8- Sempre que nesta lei se fizer referencia as palavras “pessoa” ou “pessoas” deve entender-se que se faz referencia ás companhias e associações autorizadas pelas leis federais dos Estados Unidos ou de qualquer de seus territórios ou Estados ou pelas leis de um país estrangeiro.