

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O aspecto econômico de todo Direito Penal

Dissertação apresentada como
requisito para conclusão do Curso
de Mestrado. Orientadora: Prof.^a
Dr.^a Clara M. Roman Borges

Frank R. Reche Maciel
Curitiba
2014

Sumário

Resumo	p. 5
Abstract	p. 6
Introdução	p. 7
Capítulo 1. A economia vista pelos economistas	p. 11
1.1. A definição clássica de economia dada por Lionel Robbins	p. 11
1.2. Definições classificatórias do <i>tipo econômico</i> de ação versus definições analíticas do <i>aspecto econômico</i> da ação	p. 12
1.2.1. A definição classificatória de economia como causas do bem estar material e da riqueza	p. 13
1.2.2. A definição analítica de economia: o critério da escassez	p. 16
1.2.3. A definição classificatória de economia conforme o critério das trocas (mercado) ou da suscetibilidade à precificação	p. 19
1.2.4. A indiferença da definição analítica de economia quanto à (i)materialidade ou (i)moralidade dos fins	p. 20
1.2.5. As definições classificatórias de economia conforme o critério dos fins: egoísmo e busca pelo dinheiro	p. 21
1.3. Abrangência e aplicação da definição	p. 23
1.3.1. O “aspecto” como limite à abrangência da definição	p. 23
1.3.2. Outras condicionantes da extensão da aplicação da Economia	p. 27
Capítulo 2. A economia vista pela dogmática penal	p. 32
2.1. Definições jurídicas e fenomenológicas do crime econômico	p. 32
2.2. Características fenomenológicas	p. 34
2.3. Definições jurídicas: O Direito Penal Econômico como intervenção penal do Estado na economia	p. 43
2.3.1. O bem jurídico como critério de definição	p. 43
2.3.2. A ordem econômica como bem jurídico	p. 46
2.3.3. Acepções amplas e restritas da ordem econômica	p. 55
2.3.4. O reconhecido insucesso do bem jurídico ordem econômica na definição do DPE	p. 61
2.4. Síntese da definição do DPE	p. 67
Capítulo 3. Um confronto entre as duas visões	p. 69

3.1. As concepções classificatórias de economia nos diferentes elementos da (in)definição do Direito Penal Econômico	p. 69
3.1.1. Economia nas definições fenomenológicas do crime econômico	p. 69
3.1.2. Economia na definição jurídica	p. 74
3.1.3. A (des)importância final da economia para definir o DPE	p. 76
Capítulo 4. O crime, qualquer que seja, como atividade econômica	p. 78
4.1. Categorias econômicas da ação como momentos da atividade econômica	p. 79
4.2. Bem econômico, utilidade e necessidade	p. 80
4.3. Categorias da ação econômica como modos de apropriação de bens econômicos	p. 82
Capítulo 5. Gêneros econômicos de crime	p. 89
5.1. Ilicitude criminal de bens e ilicitude criminal de condutas	p. 89
5.1.1. A ilicitude de bens: o conceito de <i>produto de crime</i> como critério	p. 89
5.1.2. Ilicitude de condutas: <i>ilícitos-de-repressão</i> e <i>ilícitos-de-exclusão</i>	p. 91
5.1.3. A ilicitude de bens como referência abreviada à <i>ilicitude-de-exclusão</i> de condutas	p. 93
5.2. O critério determinante dos gêneros econômicos de crime	p. 94
5.2.1. Condutas típicas descritas como modos de apropriação de bens econômicos	p. 94
5.2.2. A identificação dos bens econômicos nos tipos de crime	p. 96
5.2.3. Os quatro gêneros de crime	p. 99
Capítulo 6. O controle penal de bens específicos	p. 102
6.1. Crimes regulatórios	p. 102
6.1.1. Criminalização da produção, segundo sua definição material	p. 102
6.1.2. Produção de serviços	p. 107
6.1.3. Crimes regulatórios como violação das normas jurídicas que regulam apropriação de bens específicos pela produção, troca, doação e consumo	p. 109
6.1.4. Proibições relativas como condições e absolutas como impedimentos	p. 114
6.1.5. Condições como regras regulatórias combinadas a regras de oneração	p. 115
6.2. Crimes distributivos	p. 116
6.2.1. Transferências gratuitas, forçadas e obrigatórias	p. 116
6.2.2. Oneração em razão da apropriação de um bem	p. 120
6.3. O controle penal de bens específicos por modos distintos e justificativas comuns	p. 124

6.3.1. Justificativas do controle regulatório	p. 125
6.3.2. Justificativas do controle distributivo	p. 128
6.4. O controle de bens específicos superposto ao de bens genéricos	p. 131
Capítulo 7. O controle penal de bens genéricos	p. 135
7.1. Crimes negociais	p. 135
7.2. Crimes concorrenciais	p. 137
7.2.1. A concorrência e suas diversas manifestações	p. 137
7.2.2. Três tipos de crimes concorrenciais	p. 142
7.2.3. Crimes de concorrência desleal	p. 144
7.2.4. Crimes de poder de mercado: dominação de mercado e abuso de posição dominante	p. 147
7.2.5. Crimes concorrenciais como apropriação de vantagens competitivas e lucros extraordinários	p. 154
Conclusão	p. 157
Bibliografia	p. 163

TERMO DE APROVAÇÃO

Frank Romualdo Reche Maciel

O aspecto econômico de todo Direito Penal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito do Estado e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Banca examinadora



Prof. Dr.^a Clara M. Roman Borges (Orientadora)



Prof. Dr. Guilherme Roman Borges



Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

Curitiba, 31 de março de 2014.

Resumo

Esta pesquisa analisa criticamente a apropriação que a doutrina do Direito Penal Econômico (DPE) faz da economia e, em seguida, propõe novos termos para a compreensão dessa relação interdisciplinar. Inicialmente, constatamos que a dogmática penal adota concepções classificatórias de economia, as quais a Ciência Econômica há muito descartou em prol de uma concepção analítica de seu objeto. Isso não só limita seu diálogo com a Economia contemporânea como também explica o inevitável insucesso das definições do DPE, que são dependentes de uma insustentável concepção do fenômeno econômico. Segundo a concepção analítica, nenhuma ação humana pode, *a priori*, ser descartada como “não econômica”. Desde que a ação consista no uso de recursos escassos, que tem usos alternativos, ela tem um aspecto econômico. Desse modo, todo o Direito Penal, enquanto conjunto de ações humanas descritas como crime, tem um aspecto econômico. Nenhuma parte ou classe de delitos tem o monopólio desse adjetivo. De acordo com isso, procuramos demonstrar como todo o Direito Penal pode ser econômico, sem ignorar que diferentes tipos de crime são econômicos de um modo diferente. Assim, nós os diferenciamos de acordo com o momento da atividade econômica a que se refiram – produção, troca, distribuição etc. –, estabelecendo conforme a isso diferentes “gêneros econômicos” de crimes.

Palavras chave: definição de Direito Penal Econômico; concepção analítica de economia; gêneros econômicos de crime.

Abstract

This research critically examines the appropriation of economy made by the Brazilian doctrine of “Direito Penal Econômico” (DPE). Then we propose new terms for understanding this interdisciplinary relationship. Initially, we note that the criminal dogmatic adopts classificatory conceptions of economics, which the Economic Science has long ruled in favor of an analytical conception of its object. This not only limits its dialogue with the contemporary economics but also explains the inevitable failure of the definitions of the DPE, which are dependent on an indefensible conception of economic phenomena. According to the analytical conception, no human action can *a priori* be ruled out as “non-economic”. Since the action consists in the use of scarce resources which have alternative uses it has an economic aspect. Thus, the entire criminal law, as a set of human actions described as a crime, has an economic aspect. No part or class of crimes have the monopoly of this adjective. Since this, we seek to demonstrate how the entire criminal law can be economical, without ignoring that different types of crime are economic in a different way. Thus, we distinguish them according to the time of the economic activity to which they refer - production, exchange, distribution etc. -. Through this procedure, we come to different economic genres of crime.

Key words: definition of “Direito Penal Econômico”; analytical conception of economy; economic crime genres.

Introdução

O primeiro objetivo deste estudo é problematizar a apropriação que a dogmática penal faz da Economia e, em segundo lugar, propor outra forma de se compreender a relação entre esta disciplina e o Direito Penal.

Essa apropriação se concentra hoje no campo doutrinário do chamado Direito Penal Econômico (DPE). Nesse passo, nós revisaremos a literatura da área para identificá-la. Veremos, então, que a doutrina penal adota determinadas concepções de economia que podem ser problematizadas à luz da bibliografia econômica.

No primeiro Capítulo, nós cuidaremos de apresentar qual é a concepção de economia que tem prevalecido na Ciência Econômica já há quase um século. Do mesmo modo, poderemos demonstrar quais são os defeitos das concepções que foram paulatinamente abandonadas. Nos Capítulos 2 e 3, veremos que essas concepções ultrapassadas ainda reverberam na doutrina do DPE. Elas são incorporadas na definição dessa matéria.

Nossa revisão é limitada a doutrina nacional e aos autores estrangeiros que nela são mais citados, desde que publicados em português ou o espanhol, como TIEDEMANN e FIGUEIREDO DIAS. E procuramos visitar em especial as obras que se dedicaram sistematicamente ao tema da definição do DPE. Nelas pudemos constatar que os autores não refletem explicitamente sobre as concepções de economia que terminam repercutindo. Eles as tomam como dados. Buscam-nas não na Ciência Econômica, mas no senso comum. E, além disso, apresentam-nas de maneira dispersa, de modo que estão presentes em todos os elementos da definição e caracterização do DPE. Por tudo isso, identificá-las exigiu-nos uma análise crítica, extensa e indireta. É uma análise crítica porque objetiva desvelar o que muitas vezes só aparece de modo tácito ou implícito. É extensa porque pretende sintetizar o que aparece de forma dispersa e desintegrada. E, finalmente, é indireta porque primeiro seguiremos o próprio curso proposto pela doutrina para definir o DPE. Assim, encerramos o Capítulo 2 para, no seguinte, destacarmos dentre os critérios dessa definição os que pretendem ter alguma relação com a economia. Ainda no Capítulo 3, submeteremos esses critérios econômicos da definição do DPE à comparação crítica com a definição de economia que teremos visto no Capítulo 1. Essa análise será central nesta pesquisa.

Assim concluiremos o que se pode considerar a primeira parte deste trabalho. Daí em diante, passamos a construção de uma hipótese alternativa sobre a relação entre o Direito Penal e a economia, relação que até agora se restringiu ao campo do DPE.

No Capítulo 4, veremos que essa hipótese é a de que todo o Direito Penal é econômico e não somente uma parte dele, como pretensamente seria o DPE. Ela se baseia na moderna literatura econômica, vista no primeiro Capítulo, segundo a qual nenhuma ação humana, *a priori*, pode ser descartada como “não-econômica”. Em vez de selecionar um tipo de comportamento que seria econômico – como a produção de bens materiais ou as trocas mercantis –, ela define um aspecto econômico que a princípio está presente em todo comportamento humano: o uso de recursos escassos, que têm usos alternativos, na satisfação de um determinado fim ou necessidade humana. Nesse sentido, o crime, qualquer que seja, tem um aspecto econômico na medida em que também signifique o uso de tempo e outros bens escassos, que tem usos alternativos, na satisfação de uma necessidade humana.

Portanto, em contraposição àquelas definições classificatórias do tipo econômico de comportamento, adotamos uma definição analítica do aspecto econômico do comportamento. Essa concepção de economia não só viabiliza a análise crítica das concepções pressupostas na dogmática penal, que são classificatórias, como permite conceber em termos distintos a relação entre Direito Penal e economia.

Ainda no Capítulo 4, nós sugerimos que tal relação seja destrinchada a partir das categorias de ação econômica – a produção, a distribuição, a troca etc. –, entendidas como instrumentos para apreender as distintas manifestações do aspecto econômico do comportamento humano. A cada uma dessas categorias corresponderia um gênero econômico de crimes. Haveria crimes, por exemplo, que se destacariam como repressão de comportamentos que podem ser descritos como produção. Outros estariam relacionados às trocas e à distribuição. E assim por diante, de modo que a cada um desses gêneros corresponde um tipo distinto de intervenção penal na economia, intervenção que não se pode resumir a qualquer classe de crimes em particular, como quer a doutrina do DPE, sob pena de regredir-se a concepções insustentáveis do fenômeno econômico. Quanto aos gêneros econômicos em espécie e suas principais diferenças, nós trataremos disso nos Capítulos 5 a 7.

Em primeiro lugar, nós nos concentraremos em algo eminentemente econômico: definir a economia – entendida como o objeto da Ciência Econômica –, rejeitando concepções classificatórias em prol de uma concepção analítica, como formulada por Lionel ROBBINS. Então, nos colocaremos a difícil tarefa de definir o que, na realidade, se pode qualificar como “econômico”.

A dificuldade com a qual nos deparamos, naturalmente, foi a de que a formação do autor desta pesquisa não é Faculdade de Economia. No Curso de Direito, de onde viemos, é

ministrada a disciplina de Economia Política. Mas nem de longe ela nos ajudou a resolver o problema que temos em vista. Naquela disciplina, particularmente em nossa experiência, fomos tão somente apresentados aos problemas mais frequentemente abordados pela Economia, como a inflação, o desemprego, a lei da oferta e da procura, alguma coisa sobre as diferentes teorias do valor, entre outros temas. Talvez alguma coisa tenha sido dita sobre a definição da Economia como “ciência da escassez” ou da “produção, distribuição e consumo de bens econômicos”. Porém, certamente, mal arranhamos a superfície do problema de defini-la rigorosamente. Além disso, os anos na Faculdade de Direito contribuíram para nos confundir ainda mais, pois apesar de a economia ser frequentemente empregada para explicar ou justificar algum tópico jurídico, seu uso é mais flexível do que se pode imaginar: fala-se em interesse “econômico”, em causas “econômicas”, em bens “econômicos”, em esfera “econômica” da vida etc. sem qualquer preocupação com circunscrever claramente os limites do que se qualifica como “econômico”. E mesmo quando se o define, não o é com ares de pretender a generalidade da sua definição.

No limite, cremos, não existe problema algum em empregar o qualificativo de “econômico” sem pretensões de generalidade – desde que se defina, é claro, o que se quer dizer com isso numa situação específica –, especialmente quando alguém o usa lateralmente na abordagem de um problema normalmente não submetido ao campo de estudos da Ciência Econômica. Assim, nossa proposta não é exigir dos juristas que se adéquem, em tudo, aos ditames do que a Ciência Econômica diz que é “econômico”. Isso não tem cabimento.

Mas nós nos propusemos a superar esse uso descompromissado quando se trata da dogmática penal. Esperamos com isso aproveitar alguma coisa para a reflexão jurídica e criminológica. Para nossa súbita surpresa, contudo, o recurso à literatura econômica deixou-nos ainda mais confusos. Percebemos que, a rigor, o debate sobre a definição da economia permanece insolúvel há mais de duzentos anos!

A tarefa de definir a Economia pareceu-nos um trabalho Sísifo. Quando chegávamos ao que pensávamos ser o fim do percurso, algum crítico nos empurrava montanha abaixo. Foi então que nos pegamos contando estrelas. A impressão que se nos passou era a de que poderíamos dedicar toda a uma vida a essa única pesquisa e, certamente, ainda haveria críticos a apontar, com razão, alguma falha.

Mas logo absorvemos essas primeiras impressões. Lembramos, aliás, que é justamente essa incompletude infundável do conhecimento humano o que nos motivou a iniciar a esta pesquisa. Nessa linha, seria tolice ou ingenuidade imaginar que nossa definição de economia

seria perfeita, imune a críticas ou consensual. Contentamo-nos, então, com ideia de que ela necessariamente seria lacunosa, incompleta e motivo de alguma discórdia. Com isso, é claro, não nos demos um passe livre para escrever qualquer coisa. Especialmente porque nossa formação não é a de um economista, procuramos fundar na própria literatura econômica a maioria dos conceitos “econômicos” que empregamos. Não todos eles porque, obviamente, alguns outros foram necessários em vista dos problemas particulares investigados nesta pesquisa. Mesmo nesse caso, porém, nós procuramos sempre desdobrar daqueles os conceitos que idealizamos para cobrir nossas próprias necessidades teóricas. Com tudo isso, esperamos indicar não só o caminho da crítica a partir da própria Ciência Econômica, como permitir ao leitor não familiarizado à disciplina que se aprofunde nela, se o quiser.

Nós prosseguimos, então, para questionar o uso que se faz da Economia na doutrina do Direito Penal Econômico (DPE). E é em torno da problematização desse uso que se concentrará esta pesquisa. Para demonstrarmos a incorreção da concepção de economia pressuposta unanimemente na doutrina brasileira do DPE, nós abordaremos o que se considera ser, hoje, a definição mais aceita de economia, constante inclusive nos manuais de introdução lidos nos primeiros anos das Faculdades de Economia.

Nosso objetivo pode parecer contraditório com o que dissemos sobre o uso da Economia por não economistas. Desde que o façam definindo bem o que por “econômico” queiram dizer num caso particular, não haveria problema algum, dissemos. Acreditamos, no entanto, que no caso específico do DPE a crítica das definições de economia pressupostas pode ser muito benéfica para discutir essa relação interdisciplinar, com implicações não só para o próprio DPE, como para todo Direito Penal e seu estudo criminológico ou econômico.

Essa crítica da doutrina se sintetizará nesta hipótese que desenvolveremos com detalhes nos Capítulos 4 a 7. Deve ficar claro, em todo caso, que esta hipótese que propomos quer ser apenas provável. A sua demonstração cabal dependerá, sobretudo, da sua aplicação prática ou teórica, o que será tema de futuros trabalhos. Na conclusão desta pesquisa, veremos um pouco daquilo em que pode consistir essa aplicação.

Capítulo 1. A economia vista por economistas

1.1. A definição clássica de economia dada por Lionel Robbins

Na busca de uma definição de economia, iniciamos por verificar em que consistem as definições geralmente adotadas nos cursos de Ciência Econômica. Isto é, aquelas que seriam apresentadas ao estudante já no início de sua trajetória, para introduzi-lo no campo de saberes em que virá a se aprofundar. Foi então que nos deparamos com definições do seguinte tipo:

“A Economia é uma ciência social que estuda a administração de recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos.”¹

“Em Economia quase tudo se resume a uma restrição quase física – a lei da escassez, isto é, produzir o máximo de bens e serviços com os recursos escassos disponíveis a cada sociedade.”²

“O economista se preocupa com a alocação dos recursos escassos entre usos alternativos, com o fim de maximizar a utilidade ou a satisfação dos consumidores.”³

“A economia é estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos.”⁴

Como nos diz Laurence S. MOSS, definições a partir da “escassez” descendem do trabalho de Lionel ROBBINS e são as mais aceitas entre os economistas⁵. Elaborada em 1932,

1 Essa seria a definição oferecida por Paul SAMUELSON conforme indicado na seguinte obra – que a aliás adota essa definição –: RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Introdução à Economia (pp. 3-25). *In* Manual de Economia. 6ª Ed. Org. PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR., Rudinei. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8.

2 RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Op. Cit., p. 10.

3 PINHO, Diva Benevides. Aspectos da Evolução da Ciência Econômica – Do Início do Século XXI às Raízes do Pensamento Econômico (pp. 26-64). *In* Manual de Economia. 6ª Ed. Org. PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR., Rudinei. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

4 MANKIWI, N. Gregory. Introdução à Economia. Tradução da 3ª Edição norte-americana. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learnings Edições, 2006, p. 5.

5 MOSS, Laurence S. Introductions to Second Edition. *In* KIZNER, Israel M. The Economic Point of View: An Essay in the History of Economic Thought. Kansas City: Sheed Andrews Mc. Meel, 1976. Ver p. 11 da versão disponibilizada em http://files.libertyfund.org/files/304/Kirzner_0723_Ebk_v7.0.pdf. Acesso em 24 de janeiro de 2014. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “Modern economists are generally quite comfortable with

no denominado *An essay on the nature and the significance of economics science*⁶, a definição de ROBBINS, segundo John D. MUELLER, permanece clássica e famosa⁷.

É certo que ela não é unânime e que, desde então, foi aperfeiçoada para absorver algumas críticas dos autores que acolhem uma variação dela⁸. Contudo, no que se refere ao nosso propósito de criticar a visão de economia comumente adotada na dogmática penal do DPE, a definição de ROBBINS é mais do que suficiente. Com a assunção provisória dessa definição, já poderemos elaborar a nossa hipótese alternativa sobre a relação do Direito Penal com a economia. Mas não se trata, portanto, de uma adesão absoluta e definitiva a essa proposta, que, aliás, exigir-nos-ia muito mais leitura e reflexão.

1.2. Definições classificatórias do *tipo econômico* de ação *versus* definições analíticas do *aspecto econômico* da ação

Para compreendermos melhor a definição citada, nada substitui uma visita ao próprio autor. Para começar, ROBBINS nos dá alguns exemplos de definição da economia⁹, observando-se ao fim, entre parênteses, os dados disponíveis de autor e obra aos quais se refere:

“A Economia é o estudo da humanidade nos afazeres cotidianos da vida; ela examina aquela parte da ação individual e social ligada mais proximamente com a obtenção e com o uso dos requisitos materiais do bem estar.” (MARSHALL, *Principles of Economics*).

“A Economia é a ciência que trata os fenômenos do ponto de vista dos preços.”

some variant of Robbins's definition of economics as a discipline concerned with the allocation of scarce means among alternative ends where the means themselves are capable of a variety of applications.”

6 Nesta pesquisa, usamos a obra sob a seguinte referência: ROBBINS, Lionel. Um ensaio sobre a natureza e a importância da Ciência Econômica. Tradução de Rogério Galindo. São Paulo: Saraiva, 2012. A quem tiver interesse, a obra em inglês, em sua segunda edição, base da tradução que usamos, está disponível em <http://mises.org/books/robbinessay2.pdf>.

7 MUELLER, John D. *Redeeming economics: rediscovering the missing element*. ISI Books, Wilmington, 2010, pp. 82 e 129.

8 Um exemplo de tais críticas se encontra na referida obra de KIZNER [*Op. Cit.*], quando ele a compara com a definição de Ludvig Von MISES, preterindo-a em favor dessa última, derivada da definição de ROBBINS, mas distinta, como defende KIZNER. Outro exemplo de crítica se pode ler em Robert SCOON [Professor Robbins' Definition of Economics. *Journal of Political Economy*. Vol. 51, No. 4 (Aug., 1943), pp. 310-321], que a adota, mas emprega outra terminologia. E ainda em Gary S. BECKER [The Economic Approach to Human Behavior. The University of Chicago Press, Chicago, 1990], que a rejeita em prol de sua própria definição de economia.

9 ROBBINS, Lionel. *Op. Cit.*, nota de rodapé nº 1 da p. 2.

(DAVENPORT, Economics of Enterprise).

“O objetivo da Economia Política é a explicação das causas gerais de que o bem estar material dos seres humanos depende.” (CANNAN, Elementary political Economy).

“A Economia é o estudo dos métodos gerais pelos quais os homens cooperam para satisfazer suas necessidades materiais.” (BEVERIDGE, Economics as liberal education).

E diz ROBBINS, para completar seu rol de exemplos, que segundo PIGOU a Economia é o estudo do bem estar econômico, esse definido como “aquela parte do bem estar que pode ser posta em relação direta ou indireta com a régua do dinheiro” (PIGOU, Economics of welfare).

ROBBINS afirma ser natural a dificuldade de definir a Ciência Econômica. Como nas cidades antigas, diz ele, os “muros” que delimitam a Economia foram construídos para abrigar um povoado já estabelecido. Assim, as definições de Economia buscam abranger em seu interior a maioria dos temas que já são estudados por ela, não inaugurar um novo campo de estudos. E esse é o principal critério que ele utiliza para formular sua definição, partindo da crítica as definições mais adotadas.

1.2.1. A definição classificatória de economia como causas do bem estar material e da riqueza

Nos países anglo-saxões, diz ROBBINS, a definição mais aceita era a que relacionava a Economia com o estudo das causas do bem estar material, como se pode ver nos exemplos acima. E sua força reside, um tanto, no prestígio de que ela goza no senso comum e na linguagem cotidiana. “No vocabulário cotidiano existe inquestionavelmente um sentido em que a palavra 'econômico' é usada como equivalente de 'material'”¹⁰. Mas ele rejeita que essa equivalência com o senso comum deva ser aceita como critério de definição, que outro não deve ser senão a correspondência com o objeto fundamental das generalizações teóricas da Economia¹¹.

Para questioná-la, ROBBINS a encara primeiro do ponto de vista da teoria dos salários

10 Idem, ibidem, p. 4.

11 Idem, ibidem, p. 5.

que, segundo ele, faria parte de praticamente todos os “sistemas de análise econômica”. É fácil notar, então, que a teoria dos salários se aplica tanto aos produtores de bens materiais como aos de bens imateriais. Muitos salários, sem dúvida, remuneram trabalhos que geram bem estar material, como o de um coletor de lixo, por exemplo. Outros, porém, recompensam esforços como os de membros de uma orquestra, que nem remotamente possuem ligação com o bem estar material. Mas ambos têm um preço e entram no circuito das mercadorias¹².

Da mesma forma, raciocina ROBBINS, o problema não se resolve se pensarmos naquilo em que os salários são gastos. Alguém poderia argumentar que, embora os salários eventualmente remunerem trabalhos que não geram bem estar material, eles são gastos na criação desse tipo de bem estar para o trabalhador. Mas essa ideia não se sustenta. O assalariado pode despender sua renda tanto na aquisição de pão, por exemplo, como na compra de um ingresso para teatro. Se não se considera o gasto dos salários com bens e fins imateriais, o circuito das trocas frequentemente se romperia e nenhuma análise econômica geral seria possível¹³.

Assim, do ponto de vista da teoria dos salários, é enganoso definir a Economia como estudo das causas do bem estar material. Os serviços são igualmente uma forma de “riqueza” e a Economia discute a sua precificação como o faz em relação a qualquer bem tangível¹⁴.

CANNAN, conforme ROBBINS, teria distinguido o “econômico” do “não econômico” consoante a essa visão do bem estar material, que enfim ele designa “materialista”. “Econômico” seria o que se destinasse ao aumento do bem estar material. E “não-econômico”, por sua vez, o que se voltasse para o aumento do bem estar não material. De acordo com isso, por exemplo, “Se Robinson Crusoe coleta batatas, ele está obtendo bem estar material ou 'econômico'. Se ele fala com o papagaio, as suas atividades são de caráter 'não econômico'.”. Mas, provoca ROBBINS, se Crusoe retornasse ao seu país natal e lá subisse no palco para falar com o papagaio como meio de ganhar a vida, ficaria claro que suas conversas teriam um caráter econômico. E “Quer ele gaste seu dinheiro com batatas ou em filosofia, os ganhos e gastos de Crusoe podem ser expressos em termos das categorias econômicas fundamentais”¹⁵.

Uma vez mais, ROBBINS propõe aceitar-se a definição de CANNAN e submetê-la a análise. Aceita, então, que “econômico” é o que aumenta o bem estar material e “não-econômico” o que leva ao bem estar não material. Nesse sentido, é de se esperar que “a

12 Idem, *ibidem*, p. 6.

13 Idem, *ibidem*, p. 6.

14 Idem, *ibidem*, pp. 8 e 9.

15 Idem, *ibidem*, p. 10.

riqueza da sociedade será tanto maior quanto maior for a parcela de tempo dedicada a fins materiais”¹⁶. Mas, considerando a escassez de tempo e recursos para produzir lazer ou bem estar material, ainda existiria um problema “econômico”, tanto para a sociedade como para o indivíduo, consistente em decidir entre os dois tipos de atividade, isto é, entre o “econômico” e o “não econômico”¹⁷. Mesmo essa divisão, portanto, tem um aspecto econômico. E no que esse aspecto consiste? “A resposta se encontra na formulação das condições exatas que tornam tal divisão necessária.”¹⁸

Como no exemplo de Crusoe, o homem deseja tanto um bem quanto o outro, tanto o lazer quanto as batatas, sem possuir a quantidade suficiente de qualquer desses bens. Então, pode empregar o seu tempo e recursos na produção de um ou outro, mas não na de ambos simultaneamente. E normalmente o desejo por eles não é igual, preferindo-se um pouco mais de um em detrimento de um pouco mais do outro. Tudo isso impulsiona o homem a fazer uma escolha, a “economizar” ou sacrificar recursos que poderia empregar na produção de um bem em prol da produção de outro que prefira mais. Nesse sentido, o uso de seus recursos em face das suas necessidades tem um aspecto econômico.

Do ponto de vista do economista, as condições da existência humana exibem quatro características fundamentais. [1º] Os fins são vários. [2º] O tempo e os meios para obter esses fins são limitados e [3º] permitem aplicações alternativas. Ao mesmo tempo, [4º] os fins tem importâncias diferentes. Eis-nos aqui, criaturas conscientes com vários desejos e aspirações, com multidões de tendências instintivas, todas nos impelindo, de diferentes maneiras, a agir. O mundo exterior não oferece oportunidades completas para sua total satisfação. A vida é curta. A natureza é mesquinha. Nossos companheiros tem outros objetivos. Ainda assim nós podemos usar as nossas vidas para fazer coisas diferentes, podemos usar nossas ferramentas e os serviços de outros para atingir diferentes objetivos.”¹⁹

É desse raciocínio, basicamente, que ROBBINS extrairá a sua definição analítica de economia, que veremos melhor no tópico seguinte.

16 Idem, *ibidem*, p. 10.

17 Idem, *ibidem*, pp. 10 e 11.

18 Idem, *ibidem*, p. 11.

19 Idem, *ibidem*, pp. 11 e 12.

1.2.2. A definição analítica de economia: o critério da escassez

A definição de ROBBINS conforme relação entre variedade de fins (necessidades) e a escassez de meios (recursos), que tem usos alternativos, se completa com a ideia de que, em si mesmos, fins e meios não tem relevância para a Economia.

Segundo o autor, basta que tais fins compitam entre si, isto é, que ou um ou outro seja satisfeito, e não os dois. Ou não os dois integralmente, ao mesmo tempo. Ademais, quanto aos meios, é preciso que além de escassos tenham usos alternativos. Sob essas condições, o comportamento assume a forma de uma escolha. Ao optar por um fim determinado, o agente renuncia aos outros usos que um bem teria na obtenção de outro fim. Por isso, seu comportamento tem um aspecto econômico. E esse aspecto estaria presente sempre que ação humana envolve o uso de recursos escassos com usos alternativos²⁰.

Para explicar o que seriam meios não escassos – em vista dos fins humanos –, ROBBINS define-os como aquilo que seja dado “em tal abundância comparativa que o uso de unidades particulares de uma coisa não implica que outros precisarão ficar sem unidades delas”²¹. Seria o caso, por exemplo, do ar que respiramos, que “a não ser em circunstâncias muito especiais (...) não impõe nenhum sacrifício de tempo ou de recursos”. Vale registrar que o ar seria, então, como ainda o é, o clássico exemplo de um “bem gratuito”, ou simplesmente um “bem” ou “bem não econômico”. Como veremos melhor depois, também com base em ROBBINS, a definição de bem econômico não impede, em absoluto, que o ar seja um bem econômico sob condições especiais – como talvez o seja para mergulhadores, enquanto tais – ou que o venha a ser um dia – como no filme *Total Recall*, o Vingador do Futuro, em português, que supõe num futuro distópico a colonização de Marte pela humanidade, onde o ar é um bem econômico –. Contudo, continua o autor, não basta que os meios sejam escassos. É preciso que tenham usos alternativos, pois de nada adiantaria a escassez de meios se os nossos fins se resumem a um único fim. “É possível conceber que possam existir criaturas vivas cujos 'fins' sejam tão limitados que, para elas, todos os bens sejam 'gratuitos’”²².

Ele arremata, enfim, com o que seria a sua definição de economia. Diz:

20 Idem, *ibidem*, p. 13.

21 Idem, *ibidem*, pp. 13 e 14.

22 Idem, *ibidem*, p. 14.

“Em geral, a atividade humana, com sua multiplicidade de objetivos, não tem essa independência do tempo ou de recursos específicos. O tempo à nossa disposição é limitado. Há apenas vinte e quatro horas por dia. Nós precisamos escolher entre os diferentes usos que podemos dar a elas. Os serviços que outros colocam à nossa disposição são limitados. Os meios materiais para atingir os fins são limitados. Nós fomos expulsos do Paraíso. Nós não temos nem a vida eterna nem os meios ilimitados de satisfação. Para onde olharmos, se escolhermos uma coisa precisamos renunciar a outras a que, em circunstâncias diferentes, nós não gostaríamos de ter renunciado. Escassez de meios para satisfazer fins de importância variada é quase uma condição ubíqua do comportamento humano.

Aqui, então, está a unidade de objeto da Ciência Econômica, as formas assumidas pelo comportamento humano na alocação de meios escassos. Os exemplos que nós já discutimos se harmonizam perfeitamente com esse entendimento. Tanto os serviços de cozinheiros quando os serviços de bailarino são limitados em relação à demanda e podem ter usos alternativos. A teoria dos salários em sua integridade é coberta pela nossa definição atual. Bem como, também, a economia política da guerra. Entrar em guerra envolve necessariamente retirar bens e serviços escassos de outros usos, caso se queira que ela tenha êxito. Ela tem, portanto, um aspecto econômico^[23].”

E, no fim deste trecho, segue-se sua clássica definição:

“O economista estuda a alocação de meios escassos. Ele se interessa pelo modo como os diferentes graus de escassez de bens distintos fazem surgir diferentes relações de valoração [ou preferência] entre eles, e se interessa pelo modo como as mudanças nas condições de escassez, sejam elas trazidas por mudanças nos fins ou nos meios – pelo

23 Em sua crítica à definição de economia como bem estar material, ROBBINS havia apontado que o seu interlocutor, CANNAN, partidário daquela concepção, havia concluído que a guerra, ou melhor, “a política econômica da guerra 'é um contradição em termos' [*An Economist's protest*, p. 49], aparentemente com base no fato de que, já que a economia se ocupa com as causas materiais do bem estar material, e como guerras não são uma causa de bem estar material, elas não podem fazer parte do objeto da Economia. Como um julgamento moral sobre os usos que devem ser dados ao conhecimento abstrato, pode-se aceitar as críticas do professor. É bastante claro, como a própria prática do professor Cannan mostrou, que, longe de os economistas não terem nenhuma luz a lançar sobre os rumos da guerra moderna, é altamente duvidoso o que os organizadores da guerra podem fazer sem essa luz. É um paradoxo curioso que o pronunciamento do professor sobre esse tema esteja em um trabalho que, mais do que qualquer outro publicado em nossa língua, usa o aparato da análise econômica para iluminar muitos dos mais urgentes e mais complexos problemas de uma comunidade organizada para a guerra.”[ROBBINS, Lionel. Op. Cit., p. 7]

lado da demanda ou da oferta – afetam essas relações. A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos.”²⁴

Eis, então, que o próprio modo de definir a Economia é deslocado da *definição de um tipo de comportamento* para a *definição de um aspecto do comportamento humano*. É o que defende ROBBINS.

O primeiro modo de definir a Economia seria o que ele denomina “entendimento classificatório”, seccionando o comportamento humano em classes. É o que faz, por exemplo, a definição de Economia segundo o critério de criação de bem estar material. Haveria condutas “econômicas” e “não econômicas”. Já a definição de ROBBINS, segundo ele mesmo, é analítica, porque não tenta selecionar um tipo de comportamento, mas sim um aspecto particular do comportamento humano, qualquer que seja, que é o de estar sujeito a escassez. Desde que apresente esse aspecto, a ele pode ser aplicado o conjunto de generalizações econômicas. Desse modo, não se diz que “a produção de batatas é uma atividade econômica e que a produção de filosofia não é”. Desde que a conduta que se tem vista envolva a escolha de um fim em detrimento de outros, ela tem um aspecto econômico. “Não há limitações para o objeto da Ciência Econômica exceto essa”.²⁵

A definição de economia conforme o critério do bem estar material ou da riqueza era a mais aceita nos tempos de ROBBINS. Porém, não se encerravam aí as tentativas de definir a economia conforme um tipo de comportamento em particular. Nesse sentido, veremos a seguir as teorias que o fizeram conforme um critério de trocas, de precificação, de egoísmo e de busca pelo dinheiro.

Antes de passar adiante, contudo, é preciso anotar que da proposta de ROBBINS – de redefinir o objeto da Economia – não decorre imediatamente a negação da validade da maioria das teorias econômicas específicas já produzidas. Tendo dispensado as concepções de economia que se fundam na demarcação de um tipo de comportamento, ROBBINS registra que isso não implica necessariamente em descartar as formulações teóricas que as acompanharam. Pelo contrário. Com sua definição, longe de sugerir que os economistas estivessem estudando algo indevido, ROBBINS apenas descrevia melhor aquilo que já estudavam.

24 Idem, *ibidem*, p. 14 e 15.

25 Idem, *ibidem*, pp. 15 e 16.

1.2.3. A definição classificatória de economia conforme o critério das trocas (mercado) ou da suscetibilidade à precificação

Na linha de definir a economia conforme um *tipo de comportamento*, houve quem em vez de restringi-la aos comportamentos que levam ao bem estar-material, o fez em relação às trocas mercantis. Conforme ROBBINS:

“Certos escritores, no entanto, ao rejeitar o entendimento de Economia sendo relativa ao bem estar material, procuraram impor ao seu escopo uma restrição de outra natureza: eles afirmaram que o comportamento de que a Economia se ocupa é essencialmente certo tipo de comportamento social, o comportamento derivado das instituições da Economia de Trocas Individualista. Por essa visão, aquele tipo de comportamento que não é especificamente social nesse sentido preciso não faz parte do objeto da Economia.”²⁶

E assim como o fez em relação à definição pelo bem estar material, ROBBINS submete à análise rigorosa essa restrição da economia às trocas. Ele reconhece que o economista se interessa especialmente pelo mercado e que encontra nesse campo a sua maior utilidade. Entretanto, seria injusto limitar o objeto de estudo a esse fenômeno. Os comportamentos que se dão fora da economia de mercado estão sujeitos à mesma limitação de meios em vista das necessidades ilimitadas dos homens. Por conta disso, as generalizações econômicas igualmente podem explicá-los. Por exemplo, o modo pelo qual as pessoas valoram os bens, a partir de sua raridade e capacidade de satisfazer uma necessidade, é o mesmo no mercado ou numa economia de um homem isolado, ou ainda numa sociedade comunista totalmente planejada. Se o mercado existe, a valoração dos bens é mais facilmente percebida e comparável, uma vez que eles são precificados. Não se pode perder de vista, porém, que o mercado é um fato subsidiário do fato principal que é a escassez. Noutras palavras, é apenas um modo particular de lidar com ela ²⁷.

A rejeição a essa concepção do fenômeno econômico reduzido à troca, serve desde já, conforme ROBBINS, para refutar também as noções que se baseiam nos conceitos de

26 Idem, ibidem, p. 16

27 Idem, ibidem, p. 18.

suscetibilidade à precificação ou à estimativa em dinheiro²⁸. Isto é, seria econômico tudo o que pudesse ser precificado ou estimável em dinheiro. No fundo, tais concepções são subsidiárias àquela outra noção, que se baseia na troca, na medida em que a precificação e a moeda existem justamente para facilitar as trocas. Porém, são ainda mais (e injustamente) restritas do que ela, uma vez que nem toda troca se dá por meio de moeda, como é o caso do escambo, em que uma mercadoria é diretamente trocada pela outra.

1.2.4. A indiferença da definição analítica de economia quanto à (i)materialidade ou (i)moralidade dos fins

Ao destrinchar melhor a sua própria definição, ROBBINS trata da “neutralidade” da Economia em relação aos fins. Qualquer fim, cuja satisfação dependa de recursos escassos com usos alternativos, é de interesse do economista, que não se importa com os fins em si mesmos²⁹.

Com isso, ROBBINS quer apontar não só que a escolha dos fins depende das pessoas, e não dos economistas enquanto tais, como que tanto faz que fins sejam esses, desde que sejam fins, não importando se são morais ou não, se não materiais ou imateriais³⁰.

Para ilustrar a indiferença da economia em relação aos fins, ele recorre ao exemplo da aplicação da análise econômica a uma comunidade de hedonistas que se convertem ao ascetismo. Ele supõe uma comunidade de pessoas cujo único interesse é a satisfação de prazeres sensuais, “puramente materiais”, e que vem a ser visitada por um padre evangelista que os converte ao cristianismo asceta. A análise econômica, conforme ROBBINS, continua igualmente válida, pois não depende da “materialidade” ou “hedonismo” dos fins. O que muda, nesse caso, não é o caráter da explicação, mas os fatos a serem considerados. A renda das vinícolas da região, por exemplo, provavelmente diminuirá com a conversão dos hedonistas. Em compensação, aumentará a renda dos fornecedores de materiais para construção de igrejas. Esses bens tornam-se mais escassos e o vinho menos escasso. O tempo disponível é rearranjado de modo a permitir mais orações e trabalhos voluntários, em vez de

28 Ver ROBBINS, Lionel. Op. Cit., p. 19, nota de rodapé nº 30, onde se lê: “As objeções vistas aqui à definição sugerida pelo professor Amonn deveriam ser suficientes para indicar a natureza das objeções àquelas definições que se baseiam em termos de fenômenos do ponto de vista do preço (Davenport), suscetibilidade à 'régua do dinheiro' (Pigou), ou à 'ciência da troca' (Landry etc.).”

29 Idem, ibidem, p. 24.

30 Idem, ibidem, p. 25.

boemia e orgia³¹.

Assim como não importa se os fins são materiais ou imateriais – entendendo-se por isso se os fins são prazeres sensíveis ou virtudes –, é indiferente para a economia que os fins sejam considerados morais ou imorais. E, neste caso, ele exemplifica com a análise econômica da prostituição. Qualquer pessoa ou um economista pode, se quiser, considerar os seus serviços algo imoral. Mas negar que eles sejam escassos é erro fundamental para o economista. Nesse sentido, o “amor contratado” tem um aspecto econômico, suscetível as generalizações da Economia, que poderá explicar, por exemplo, as flutuações no preço dos serviços da prostituta³².

Entretanto, muito pior do que restringir a Ciência Econômica a fins morais ou imorais, materiais ou imateriais, foi a crença que por tanto tempo perdurou e que pregava a existência de um fim *em si mesmo* econômico, o que para ROBBINS é equivocado e está em desacordo com a sua definição analítica. Para esclarecer que a seu ver a estudo econômico não diz respeito aos fins como tais, ele o compara a Estética, que lidaria com fins em si mesmos, prescrevendo que fim deveria prevalecer numa competição de fins, em vista do “belo” como critério de julgamento. A Economia, por sua vez, entra em cena somente após essa escolha já ter sido feita, tomando os fins, eleitos numa ordem importância, como dados³³.

Na linha de se ocuparem dos fins, não houve apenas economistas que propuseram excluir da Economia o estudo de ações cujos fins julgassem imorais ou imateriais (ascéticos). Houve quem defendesse a existência de um fim em si mesmo econômico e que orientaria determinados comportamentos, a cujo estudo a Economia se restringiria. Basicamente, seriam eles ora o egoísmo, ora a busca por dinheiro.

1.2.5. As definições classificatórias de economia conforme o critério dos fins: egoísmo e busca pelo dinheiro

ROBBINS quer afastar de vez a concepção segundo a qual existe um fim que se possa designar como “econômico”, seja esse fim a busca de dinheiro, lucro, riqueza ou o egoísmo, a ganância, a avareza. Para ele, é justamente esse equívoco o que sustenta o “fantasma

31 Idem, *ibidem*, pp. 25 e 26.

32 Idem, *ibidem*, p. 27.

33 Idem, *ibidem*, p. 29.

universal”³⁴ e a “mitologia” do chamado *homo economicus*, que dá vazão “... a frequentemente reiterada acusação de que a Economia supõe um mundo de homens econômicos ocupados apenas em ganhar dinheiro e com o interesse próprio”³⁵.

Para desbaratá-la, primeiro ele critica a concepção segundo a qual esse fim “econômico” seja a busca de dinheiro, apontando para o fato de que ele (o dinheiro) é apenas um meio para se obter o que realmente se quer e que, em si mesmo, não tem nenhum uso particular. Ele é apenas um estágio intermediário entre uma venda e uma compra. Não é desejado por si mesmo, mas pelo que se pode comprar com ele, agora ou num futuro longínquo. Assim, ganhar dinheiro é apenas uma forma de garantir todos os fins da ação humana que podem ser satisfeitos pela compra de mercadorias³⁶.

Igualmente, ROBBINS descarta o egoísmo como sendo o fim *em si* “econômico”, pois os “sujeitos econômicos podem ser [não só] puros egoístas, [como também] altruístas puros, puros ascetas, sensualistas puros ou – o que é muito mais provável – misturas de todos esses impulsos”³⁷. Por que uns são egoístas e outros altruístas não é um problema econômico. A Economia os toma como dados³⁸.

A ideia de que o egoísmo seja o impulso fundamental dos agentes econômicos é fruto de uma observação particular das relações de troca, segundo a qual, nessa seara, as pessoas se confrontariam de forma egoísta. Mas essa ideia não subsiste a análise, como o demonstra ROBBINS.

“Agora, as valorações que determinam transações particulares podem ser de vários graus de complexidade. Na minha compra de pão eu posso estar interessado unicamente na comparação entre o pão e as outras coisas no círculo de trocas em que eu poderia ter gasto o dinheiro. Posso estar interessado também na felicidade do meu padeiro. Podem existir entre nós certas obrigações que me faz preferir comprar pão dele a obtê-lo de seu concorrente que quer vendê-lo um pouco mais barato. Exatamente da mesma maneira, na venda do meu próprio trabalho ou no aluguel de minha propriedade, eu posso estar interessado apenas nas coisas que eu recebo como resultado da transação; ou eu posso estar interessado também na experiência de

34 Idem, *ibidem*, p. 94.

35 Idem, *ibidem*, p. 91.

36 Idem, *ibidem*, pp. 29 e 30.

37 Idem, *ibidem*, p. 92.

38 Idem, *ibidem*, pp. 91 e 92.

trabalhar de um jeito em vez de outro, ou no prestígio ou no descrédito, o sentimento de virtude ou vergonha em alugar minha propriedade dessa maneira, em vez de outra.”³⁹

A suposição do *homo economicus* depende, então, de um pressuposto falso, segundo o qual a busca pelo menor preço numa transação, quando isso ocorre, seja fruto de um egoísmo fundamental. ROBBINS destaca o engano desse pressuposto ao exemplificar que alguém pode buscar o menor preço no interesse de uma instituição de caridade para a qual trabalha. O que isso demonstra é que, nas trocas, a parte oposta é vista apenas como um meio de a outra parte obter um determinado fim, mas não que esse fim seja necessariamente egoísta ⁴⁰.

Pode-se concluir, conforme ROBBINS, que a “Economia, então, não deve, de modo algum, ser concebida como podemos conceber a Ética ou a Estética, como lidando com os fins em si”⁴¹, pois ela os toma como dados. E quaisquer que sejam, não se resumem ao egoísmo, nem se confundem com a busca do dinheiro, que é apenas um meio.

Portanto, a questão relativa aos fins está diretamente relacionada à distinção entre Ética e Economia. A Ética se distinguiria da primeira porque lida com os fins em si. Ela auxilia as pessoas a decidirem que fins serão os de sua ação e em que ordem de importância, dada a escassez dos meios disponíveis. A Economia, então, os toma como dados nas escalas de preferência ou valoração relativa. É assim que ROBBINS distingue, basicamente, essas duas áreas.

1.3. Abrangência e aplicação da definição

1.3.1. O “aspecto” como limite à abrangência da definição

A definição de ROBBINS recebe várias críticas que, se nos dedicássemos à consideração delas todas, precisaríamos de outra pesquisa especificamente para esse fim. Ele é criticado, por exemplo, pela separação radical que estabelece entre Ética e Economia. Também é criticado sob um viés hedonista, para o qual o único “fim” da ação humana seria a maximização do auto-interesse, todos outros “fins” menores sendo instrumentais em relação

39 Idem, ibidem, p. 92.

40 Idem, ibidem, pp. 93 e 94.

41 Idem, ibidem, p. 31.

àquele “fim último”. E é criticado, ainda, pela abrangência amplíssima de sua definição, que teria dado vazão à desconsideração do papel de outras ciências sociais na compreensão do comportamento humano. A Economia teria usurpado o lugar delas e, nesse sentido, tornado-se uma Ciência “imperialista”.

Quanto à separação entre Ética e Economia, cremos, basicamente, que ela não afeta as conclusões que tiraremos da definição analítica de ROBBINS, a de que todos os crimes podem ser descritos como atividade econômica. E isso porque, caiba ou não à Economia dizer o que deve ser o fim da ação humana, sua caracterização como “econômica” continua se definindo não por conta de um fim específico, como expôs ROBBINS, mas por conta da relação desse fim com a escassez de meios disponíveis que admitem usos alternativos. Assim, continua sendo econômica a ação que, na satisfação de fins que se considere ou não “ruins” (porque “antieconômicos” ou “antiéticos”), dependa de meios escassos que tenham usos alternativos.

Quanto ao postulado hedonista, podemos dizer com ROBBINS, que ele é indiferente para definir se uma ação é ou não econômica, pois basta assumir que os “fins [de que fala ROBBINS] devem ser considerados precedendo imediatamente a obtenção desse fim último”.

Todavia, é claro que existem outras implicações, tanto da separação entre Ética e Economia quanto da assunção do postulado hedonista, que merecem ser discutidas criticamente, embora não afetem a definição de economia que nos é útil nesta pesquisa. Isso, contudo, só o faremos no futuro, pois agora exigir-nos-ia um esforço incompatível com os propósitos específicos deste trabalho, em vista do tempo que temos para concluí-lo e das limitações de nossa formação que devem ser supridas por um estudo muito maior da literatura econômica.

Só não podemos nos furtar de explicar um pouco melhor a questão da abrangência da definição robinsoniana. E isso, inclusive, porque a tornará mais clara para nós. ROBBINS não estende explicitamente a sua definição para todo comportamento humano. Mas ele nos deixa antever essa conclusão implicitamente quando nos diz, em momentos distintos de sua obra: “... é uma das características do nosso mundo como nós o conhecemos que os nossos fins sejam vários e que a maioria dos meios escassos à nossa disposição possam ter usos alternativos”⁴²; “Não podemos fugir às conseqüências da conclusão de que toda conduta afetada pela escassez tem um aspecto econômico”⁴³; “... a escassez de meios é tão ampla que influencia em algum

42 Idem, *ibidem*, p. 34.

43 Idem, *ibidem*, p. 28.

grau quase todos os tipos de conduta”⁴⁴; “escassez de meios para satisfazer fins de importância variada é quase uma condição ubíqua ao comportamento humano”⁴⁵; “aqueles postulados [da escassez etc.] são, em tal medida, a substância de nossa experiência cotidiana que eles apenas precisam ser enunciados para serem reconhecidos como óbvios”⁴⁶; “Aqui, como sempre, os fundadores da Ciência Econômica construíram algo mais universal em sua aplicação do que eles próprios reivindicaram ter feito”⁴⁷.

Levando em consideração as inferências de ROBBINS, a extensão do aspecto econômico a toda atividade humana soa-nos um tanto inevitável, uma vez que toda atividade humana envolve o uso de tempo, que é um recurso escasso e tem usos alternativos. Obviamente, estariam excluídos os comportamentos inconscientes, automáticos, os reflexos incondicionados e, enfim, tudo o que se não possa denominar propriamente ação humana, entendida como ação consciente, voluntária, teleológica – isto é, uma ação que parta da escolha prévia de um fim e se exteriorize numa conduta determinada a alcançá-lo.

Mas não é nosso objetivo resolver isso em definitivo, muito menos neste trabalho. Para nossos fins, portanto, basta concluir que nenhuma ação possa ser excluída *a priori* da possibilidade de ser descrita como econômica, isto é, como tendo um aspecto econômico. Aliás, seria justamente essa a leitura correta de ROBBINS, segundo FALGUERAS-SORAUREN, para quem a extensão da definição “quer dizer tão somente que nenhuma ação humana pode ser *a priori* descartada como objeto de estudo da Economia, uma vez que (quase) toda ação humana tem uma dimensão econômica”⁴⁸.

Então, de acordo com isso, já podemos dizer que qualquer dos crimes (enquanto condutas definidas legalmente), e não apenas os chamados “crimes econômicos”, são ações humanas que podem ter, como talvez o tenham sempre ou na maioria das vezes, um aspecto econômico “robinsoniano”.

Uma coisa, entretanto, é assumir que todo o comportamento humano tenha um aspecto

44 Idem, *ibidem*, p. 25.

45 Idem, *ibidem*, p. 14.

46 Idem, *ibidem*, p. 78.

47 Idem, *ibidem*, p. 84.

48 FALGUERAS-SORAUREN, Ignacio. Is Robbins’s Definition Necessarily Imperialistic? The Demarcation of Economics in Robbins’s Essay and the Concepts of Real and Formal Scarcit. (pp. 16-37). In Lionel Robbins’s essay on the nature and significance of economic science. COWELL, F. Cowell e WITZTUM, A. (Ed.). 75th Anniversary Conference 10 and 11 December 2007. London, Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines (STICERD), nota de rodapé nº 17 da p. 22. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “It is worth emphasizing that this only implies that no human action can be *a priori* discarded as the possible object of study of Economics, since (almost) every human action has an economic dimension – which is a point accepted by both defenders [Hirshleifer (1985:53)] and opponents [Daly (1945:169-170)] of Robbins’s definition.”

(ou dimensão) econômica. Outra é dizer que se *resuma* a esse aspecto, que não tenha também um aspecto social, político ou ético. É o que se lê em FALGUERAS-SORAUREN, quando diz:

“É precisamente o seu contraste com as antigas definições [classificatórias] que fazem-na aparecer como imperialista. Recorde-se que definições prévias impunham um limite ao objeto da ciência econômica pela divisão das atividades humanas em duas esferas independentes. Embora essa divisão tenha sido construída com base em especulações e não em termos empíricos – e, nesse sentido, ela foi extremamente arbitrária –, romper esses limites estabelecidos (ainda que falsos) da ciência econômica pode nos dar a impressão de que a nova definição necessariamente advoga pela invasão de outras áreas de pesquisa.

Mas note-se que essa é uma impressão equivocada, porque a principal consequência dela é que, no limite em que a escassez afete todo o comportamento humano, ele tenha um aspecto ou dimensão econômica.

Entretanto, dizer que a ação humana tem uma dimensão econômica não é imperialista *por si só*, pois não impede que se reconheça que ação tenha também uma dimensão social, ética ou política – e que cada uma dessas dimensões pode ser estudada pela sua respectiva ciência.⁴⁹

A rigor, poderíamos parar por aqui, pois cremos que atingimos o objetivo que tínhamos para esta parte do trabalho, que era o de demonstrar que o reconhecimento de um aspecto econômico da ação humana, *a priori* extensível a *toda e qualquer* ação humana, não implica necessariamente ou por si só no chamado “imperialismo” da Ciência Econômica. Entretanto, não podemos prosseguir sem anotar que, até onde pudemos verificar, o simples reconhecimento de um aspecto econômico da ação humana também não implica,

49 Idem, *ibidem*, pp. 21 e 22. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: It is precisely this contrast with older definitions which make it seem imperialistic. Recall that the previous definitions imposed a limit on the scope of the science by dividing human activities into two independent spheres. Although this division was mainly based on stipulation and not on real grounds - and, in this sense, it was to some extent arbitrary [Robbins (1962:6)] - breaking with the established (though false) limits of economic science may give the impression that the definition necessarily advocates the invasion of other research areas./ But note that this is a wrong impression, because the main consequence of this definition is that, in so far as scarcity affects all human behaviour, this has an economic aspect or – Robbins (1962:17)./ However, stating that any human action has an economic dimension is not imperialistic per se, for this does not prevent the recognition that it has social, ethical, or political dimensions – and that each dimension must be studied by its corresponding science”

necessariamente, numa autorização para aplicar a Economia a *toda e qualquer* ação humana. Pelo menos para alguns autores é assim. Para eles, então, além do reconhecimento desse aspecto que define o que é econômico, seria preciso verificar ainda o preenchimento de certos requisitos formais. Quem o explica é FALGUERAS-SOURAREN.

1.3.2. Outras condicionantes da extensão da aplicação da Economia

Para alguns economistas que adotam a definição de ROBBINS, o reconhecimento de que uma determinada ação tenha um aspecto econômico não implica necessariamente no fato de que a Economia tenha alguma utilidade para explicá-la. Isso parece contraditório, a primeira vista, mas é exatamente o que FALGUERAS-SORAUREN propõe e aponta em outros economistas. Ele reconhece que um determinado problema prático pode ser econômico, mas que, mesmo assim, a Economia não possa oferecer ajuda ⁵⁰.

Ele não nos diz qual o limite exato da aplicação da Economia. Ele só nos diz que existem esses limites. E então eles os define como sendo determinados requisitos formais a serem verificados em cada situação concreta. O que são exatamente esses requisitos, porém, passou-nos por ininteligíveis. Talvez pela deficiência de seus argumentos – que ele não ilustra com situações práticas –, mas provavelmente pela limitação de nossos conhecimentos da literatura econômica.

Em todo caso, vale ressaltar que ele chega a essa conclusão da seguinte maneira. Para ele, uma coisa é o requisito necessário para verificar se um tipo de comportamento pertence ou não ao objeto da Economia, qual seja o fato de que a ação implique no uso de meios escassos que tenham usos alternativos. Outra coisa, porém, seriam os requisitos para verificar se esse comportamento, numa situação particular dada, pode ou não vir a ser “fertilmente iluminado” pela Economia. Tais requisitos diriam respeito não só ao uso de recursos escassos que tenham usos alternativos, mas também ao fato de que esses recursos escassos sejam empregados na satisfação de uma pluralidade de fins. Ele pretende, aliás, que essa distinção tenha sido sugerida pelo próprio ROBBINS. E, de fato, podemos notar que ora ROBBINS define a escassez como *uso de recursos escassos que tem usos alternativos*, e ora a define como *relação desses recursos escassos com fins alternativos*. Então FALGUERAS-

50 Idem, *ibidem*, nota de rodapé nº 28 da p. 29. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “(...) all problems of Economics are problems of economy, but not all problems of economy are illuminated by Economics (...). This distinction raises the question of which kind of (economic) problem can be *fruitfully* illuminated by Economics, which is an issue that deserves further investigation.”

SORAUREN observa o seguinte: primeiro, que “uso” e “fim” seriam coisas distintas⁵¹; mas que, segundo, por trás do uso de um determinado recurso, existe sempre um elemento propositivo na ação humana, que é o fim ou resultado esperado⁵². Desse modo, a diferença entre a primeira e a segunda definição de escassez é a unidade ou pluralidade de fins. Tendo isso em mente, FALGUERAS-SORAUREN conclui que a primeira acepção de escassez é a que importa para definir se, de fato, algo pode ser considerado ou não objeto da Economia. Diz ele:

“Se o número de objetivos considerados pelo indivíduo fosse um fator que determinasse se o seu comportamento é influenciado pela *escassez real* ou não, o objeto da Economia seria subjetivamente determinado. E isso porque, considerando que os fins da ação são escolhidos pelo indivíduo, ele poderia facilmente escapar da dimensão econômica da ação ao simplesmente se colocar um único objetivo. Conseqüentemente, seria objetivamente impossível determinar se uma dada ação é afetada pela *escassez real*, porque isso iria exigir que se conhecesse o número de objetivos que são levados em conta pela pessoa no momento em que toma decisões. Evidentemente, não é essa a posição de ROBBINS, que considera a influência exercida pela *escassez real* sobre a ação humana um fato objetivo que não depende de fatores que possam ser modificados subjetivamente, tal como seria o caso da multiplicidade de fins. Por outro lado, note-se que a existência de usos alternativos de

51 Ver FALGUERAS-SORAUREN, Ignacio. Op. Cit., nota de rodapé nº 21 da p. 24, onde se lê: “Embora a ideia comum de 'uso' refira-se à existência de um elemento propositivo no comportamento humano (fins), resta claro que eles não são a mesma coisa. [...] Os “usos” de um meio podem ser entendidos como as diferentes maneiras nas quais ele pode ser empregado por diferentes membros da sociedade: essas maneiras podem ser objetivamente determinadas (pela técnica, como coisas) ou subjetivamente determinadas (dependendo da criatividade de quem toma a decisão, como o tempo) – a existência dos usos de um meio determinados objetivamente não impede a existência de usos determinados subjetivamente. Os “fins”, por seu turno, equivalem aos “propósitos” da ação, que são os resultados que se pretende obter – [referência suprimida].” Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “Though the very idea of “use” refers to the existence of a purposive element in human behaviour (ends), it should be obvious that they are not the same reality. This is not the place to fully elaborate this point, but I will at least offer some suggestions concerning the distinction between the “uses” of a means and the “ends” of action. On the one hand, the “uses” of a means can be understood as the different ways in which it can be employed by the different members of society: these ways can be objectively determined (by technique, like goods) or subjectively determined (dependent on the chooser’s inventiveness, like time) – the existence of objectively determined uses of a means does not impede the existence of subjectively determined uses. On the other hand, the “ends” are equivalent to the “purpose” of action, that is, the outcome that it is intended to obtain – Mises (1996:92).”

52 Ver FALGUERAS-SORAUREN, Ignacio. Op. Cit., p. 26, onde se lê: “Na verdade, os 'usos dos meios' existem porque os fins da ação existem: se as pessoas não tivessem fins a alcançar, elas não agiriam, e os meios não seriam usados”. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “Actually, “uses of means” exist because there are ends of actions: if people did not have ends to reach, they would not act, and means would not be used.”

um meio é uma condição que preenche esse último requisito. Isso pode ser facilmente percebido se se considera o caso do homem vivendo em sociedade: os usos de meios dados não são determinados apenas pelos diferentes fins do usuário desses meios, mas também pela existência de diferentes usuários que podem empregar esses mesmos meios para atingir os seus (possivelmente idênticos) fins.”⁵³

Assim, por exemplo, qualquer ação relativa ao uso do tempo, um recurso escasso que tem usos alternativos, pertence ao objeto da Economia. Mas nem toda ação relativa ao uso do tempo poderia ser “fertilmente iluminada” pela Economia. Algumas seriam simplesmente um “problema da vida”⁵⁴. Desse modo, para FALGUERAS-SORAUREN, existem problemas “econômicos” em cuja solução a Economia não pode ajudar. E isso porque, para além do preenchimento daquele requisito básico – que permite verificar se a ação pertence ou não ao objeto da economia –, haveria ainda outros, formais ou analíticos – que, por seu turno diriam respeito à pluralidade de fins –. Se o contexto particular da ação não permite a sua apreensão nos termos desses requisitos formais ou analíticos, então a Economia não pode explicá-la.

53 Idem, *ibidem*, p. 25. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “Let us consider this point. If the number of objectives considered by the individual was a factor that determined whether his behaviour is influenced by *real scarcity* or not, the subject-matter of the science would be subjectively determined, because ends of action are chosen by the individual – see Mises (1996:12). That is to say, the agent could easily get rid of the economic dimension of action (and of the problems raised by *real scarcity*) by simply disregarding some of the ends of his action and aiming at a unique objective. Consequently, it would be impossible to objectively determine if a given action is affected by *real scarcity*, for this would require knowing the number of objectives that are taken into account by the actor at the moment of choice. Clearly, this is not the position of Robbins, who considers that the influence exerted by *real scarcity* on human behaviour is an objective fact that does not depend on factors that can be subjectively modified – as it is shown by his defence that means can be scarce even if ends are not rational or consistent [Robbins (1934b:90; 1962:92)]. Hence, as long as *real scarcity* is an objective attribute of human behaviour, it cannot depend on factors that can be subjectively modified by the chooser, as it is the case of 'multiplicity of ends'. On the other hand, notice that the existence of alternative uses for a means is a condition that fulfils the last requirement. This can be easily seen as soon as we consider the case of man living in society: the uses of a given means are not only determined by the different ends pursued by the user, but also by the existence of different users that can employ the same means to reach their (possibly identical) ends.”

54 Ver FALGUERAS-SORAUREN, Ignacio. Op. Cit., nota de rodapé nº 28 da p. 29, onde se lê: “Por um lado, ROBBINS argumenta que as decisões em consideração ao uso do tempo tem um aspecto econômico e pertencem ao objeto da Economia. De acordo com nossas explicações, essa é uma apreciação correta, uma vez que essas decisões são afetadas pela *escassez real* – eis que implicam na renúncia de alternativas de uso do tempo. Por outro lado, CANNAN argumenta que a maioria desses problemas são 'problemas da vida', no sentido de que eles não podem ser fertilmente iluminados pela Economia. Essa também é uma apreciação correta, uma vez que a maioria desses problemas não podem ser analisados em termos de *escassez formal*, isto é, sua análise não fornece nenhum esclarecimento adicional sobre sua natureza nem lança luz sobre sua solução.” Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “On the one hand, Robbins argues that the decisions regarding the use of time have an economic aspect and belong to the subject-matter of the science. According to our explanations, this is a correct appreciation, since these decisions are affected by real scarcity – note that they imply giving up alternatives. On the other hand, Cannan argues that most of these problems are “problems of life”, in the sense that they cannot be fruitfully illuminated by Economics. This is also a correct appreciation, since most of these problems cannot be productively analyzed in terms of formal scarcity, that is, this analysis provides no additional insight into their nature nor sheds light on their solution.”

Mas, segundo o mesmo FALGUERAS-SORAUREN, para outros economistas bastaria o fato de reconhecer a ação como sendo parte do objeto da Economia, conforme aquele critério básico, para que então ela possa ser efetivamente analisada pela Economia. Isto é, bastaria que ela implicasse no uso de recursos escassos com meios alternativos. Conforme o autor, seria esse o caso de Gary S. BECKER, por exemplo.

Mas nós não vamos entrar nessa polêmica e tomar partido de uma ou outra visão. Até porque, embora a proposta de SORAUREN tenha nos soado muito plausível, de um lado, por outro ela nos pareceu extremamente confusa. Desse modo, não conseguimos sequer reproduzi-la aqui em todos os seus detalhes. O que importa para nós, em todo caso, é mostrar que existem autores que vêem no reconhecimento de determinada ação como objeto da Economia tão somente um requisito necessário, mas não suficiente, para aplicá-la efetivamente na explicação dessa ação. Assim o seria, por exemplo, o caso de reconhecermos que determinado crime possa ser compreendido como objeto da Economia, mas verificarmos que em sua manifestação particular não preenche determinados requisitos formais necessários para efetivamente explicá-lo economicamente, ou melhor, para aplicar a explicação econômica à decisão individual de cometer um crime ou à decisão estatal de criminalizar determinada atividade.

Tomando como base o que FALGUERAS-SORAUREN define como sendo o critério de sujeição de uma ação humana à condição de objeto da Economia – isto é, que implique no uso de recursos escassos que tenham usos alternativos –, nosso objetivo agora é tão somente demonstrar, pela análise crítica, que o adjetivo “econômico” não é privilégio de um tipo particular de crime, mas um aspecto de qualquer crime, nenhum deles podendo ser descartado, *a priori*, como não econômico. Tomando isso como pressuposto, pretendemos demonstrar como é que determinados crimes, geralmente descartados como “não-econômicos” pela dogmática penal, podem vir a ser sujeitos a uma análise econômica. Apesar de aquelas concepções classificatórias terem sido superadas pela Ciência Econômica, ainda reverberam na doutrina jurídica. É o que veremos no Capítulo seguinte.

Mas essa análise econômica, ela mesma, nós não faremos. Por enquanto, procederemos a uma análise prévia. Só depois dela é que nos colocaremos o problema de investigar até onde a Economia pode iluminar “fertilmente” a explicação do crime.

Perceba-se, portanto, que nosso objetivo é bem mais modesto e limitado do que aquele. Nós até lamentaríamos esse fato, não fosse a impossibilidade real que sentimos de avançar para além dele. Fica registrado, mesmo assim, que para além do reconhecimento de um

aspecto econômico em determinada ação – no nosso caso, um crime –, pode ser que seja necessário que se verifique ainda outros requisitos para tornar plausível a sua explicação econômica, como querem alguns economistas.

Capítulo 2. A economia vista pela dogmática do Direito Penal Econômico

Neste Capítulo, apresentamos o resultado da revisão bibliográfica que fizemos, que é limitada à doutrina nacional do Direito Penal Econômico (DPE). Dela procuramos extrair suas principais teses sobre a definição dessa matéria e, dentre essas, identificar aquelas que se relacionam à Economia, para depois passarmos a sua análise crítica, conforme uma concepção analítica do objeto da Economia.

Nesse sentido, o objetivo neste estágio do trabalho é descrever como a economia é vista pela dogmática do DPE. Mas não abordaremos esse ponto diretamente. Primeiro, vamos procurar traçar em linhas gerais a definição que se dá ao DPE e ao delito econômico⁵⁵. Depois, vamos destacar delas aquelas que seriam “econômicas” segundo a própria doutrina e, no próximo Capítulo, confrontá-las à definição analítica de economia.

As razões para limitarmos o estudo da apreensão da Economia pelo Direito Penal a essa parte sua, o DPE, é empírica. É exatamente nesse campo da dogmática penal – e só nele, injustamente – que se faz essa reflexão interdisciplinar.

2.1. Definições fenomenológicas e jurídicas do crime econômico

Dentre as teses definidoras do DPE, distinguimos as fenomenológicas e as jurídicas. Esclareçamos, antes, o que se deve entender por tais termos.

São características fenomenológicas do delito econômico aquelas que à primeira vista se revelam ao observador, que nesse nível de análise preocupa-se tão somente com descrever o objeto de estudo, tal como ele se apresenta imediatamente, sem o cuidado de distinguir o *accidental* do *substancial*, ou a *aparência* da *essência*. No caso do crime econômico, trata-se de descrever suas características criminológicas, como quem são os seus agentes regulares – v.g. os empresários – ou suas características criminalísticas, como quais são os meios normalmente empregados na sua consecução – v.g. a fraude – e posterior investigação – v.g. a quebra de sigilos –.

55 Neste trabalho, “DPE” e “delito (ou crime) econômico” são termos quase sempre substituíveis. Não ignoramos que exista uma diferença entre ambos. Numa diferenciação possível, o DPE é a disciplina acadêmica (ou a ciência dogmática) e o delito econômico é o objeto de estudo. Noutra, o DPE é uma parte do ordenamento (ou um ramo jurídico) que abriga o outro, sua parte elementar, que seria o delito econômico. Mas em vista dos nossos fins essa distinção perde importância imediata. Nosso objetivo é identificar as teses às quais a doutrina recorre para definir o delito econômico e o DPE e, nessa seara, não raro as definições são semelhantes, senão iguais. E isso pela razão, muito óbvia, de que a *disciplina DPE* é definida a partir de seu *objeto delito econômico*, e o *ramo jurídico DPE* com base na sua *parte elementar*, o *delito econômico*.

Toda a doutrina recorre à caracterização fenomenológica do crime econômico para apresentá-lo ao leitor. Alguns o fazem apenas para oferecer uma compreensão mais acabada do tema, em vista de que a definição mesma do crime econômico é feita a partir de seu objeto jurídico, o bem jurídico afetado. Mas, nalguns casos, não fica claro se tais características são apresentadas tão somente com uma finalidade introdutória ou se, diversamente, pretendem ser desde já alguma definição do crime econômico.

Sob uma perspectiva jurídica, digamos, descreve-se as características propriamente dogmático-penais dessa classe de crimes: qual é o seu bem jurídico, as penas normalmente cominadas e quais as técnicas legislativas normalmente empregadas na construção dos seus tipos legais: normas penais em branco, o emprego de tipos de perigo, de mera conduta, com fórmulas amplas para descrever as condutas abarcadas etc. Dessas características jurídicas, a que importa para a definição do crime econômico é o bem jurídico. Nenhum autor dos que revisamos pretendeu definir o DPE a partir outra característica jurídica que não essa. Quando não o fazia pelo bem jurídico, avançava já então na construção de uma definição fenomenológica. Por essa razão, e em vista de que o objetivo é identificar as teses definidoras do DPE, deixamos para outra oportunidade o estudo daquelas demais características jurídicas.

Chamaremos “jurídicas” as definições que procuram definir o DPE a partir de seu bem jurídico, tão somente, ainda que eventual e secundariamente lancem mão de suas características criminológicas e criminalísticas apenas para completar o estudo. Essas definições jurídicas pretendem-se mais precisas em singularizar o objeto em particular cujo estudo cumpriria ao DPE, embora também elas não sejam totalmente precisas, como reconhecem seus partidários. Em todo caso, os autores a consideram mais compatível com a tradição do Direito Penal.

É em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE que nos inspiramos para diferenciar definições fenomenológicas e jurídicas do DPE e do delito econômico.

Diz aquele autor que existem três tipos de definições, conforme a disciplina que as fundamente: as criminológicas, as criminalísticas e as dogmáticas. Os dois primeiros tipos de definição são os que chamamos *fenomenológicos*.

As definições a partir da criminologia se fundam na maioria das vezes em consideração aos que seriam os autores “regulares” desses crimes e, nessa linha, em SUTHERLAND e seu conceito de *white collar crime*. Assim, os delitos econômicos seriam os crimes praticados por “pessoas de escalões sociais superiores”, por “pessoas de certas profissões” ou no domínio de empresas. Para FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, tal definição é problemática do ponto de

vista jurídico-penal. E isso porque adotá-la poderia implicar na aceitação de um Direito Penal do autor.

Outra forma de definição fenomenológica do DPE é a que parte da criminalística: dada a natureza complexa desses crimes econômicos, como quando o são cometidos por fraudes, eles só podem ser investigados e julgados por procedimentos especiais.

“... 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, conseqüentemente, da sua investigação. É uma perspectiva igualmente inadequada. Eleva à categoria de nota essencial dum fenómeno uma sua característica (apenas) normal e que, por isso, não satisfaz as exigências da dogmática e da política criminal.”⁵⁶

FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE afirma que a opção por uma definição moldada na dogmática penal não quer diminuir em absoluto a importância da criminologia nem de outros saberes “extra” jurídicos. Afinal, “Enquanto não houver ideias seguras sobre as formas, freqüência etc. da criminalidade económica, todo o conceito de Direito Penal Económico será, pelo menos, provisório”⁵⁷. Por outro lado, apesar de aqueles saberes permitirem uma aproximação do delito econômico, “só numa perspectiva jurídica lograremos uma definição que, além do mais, seja útil no plano de política criminal”⁵⁸.

Preferindo-se, então, uma definição jurídica do delito econômico, o mais correto seria primeiro traçá-la e depois descrever suas características fenomenológicas. No entanto, por didática, é melhor começar pelo inverso, como o faz maioria dos autores brasileiros.

2.2. – Características fenomenológicas

As características fenomenológicas do crime econômico normalmente são apresentadas mediante sua comparação com os crimes patrimoniais.

56 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a Economia Nacional. *In* Temas de Direito Penal Económico. Organizador Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

57 Idem, *ibidem*, pp. 81 e 82.

58 Idem, *ibidem*, p. 84.

É justamente assim que PIMENTEL inicia sua obra. Diz ele que, paralelamente ao desenvolvimento do comércio, do consumo, da produção e das possibilidades de acúmulo de riqueza, desenvolveram-se também os “meios de agressão ao patrimônio”: do “ataque frontal e desmascarado” para “novas formas de burlas e fraudes”, da “violência” para a “inteligência” e a “astúcia”. Para o autor, o próprio desenvolvimento econômico é a causa do suposto crescimento do crime econômico: “Na medida em que aumentou a complexidade dessas relações [econômicas], cresceu também a área dessa nova forma de criminalidade”⁵⁹

Essa “nova forma de criminalidade” não “substituiu” a “incidência de delitos violentos contra o patrimônio”. Conforme PIMENTEL, o mesmo desenvolvimento econômico que impulsionou o surgimento da “nova criminalidade” fez crescer a frequência da “velha criminalidade”. Os roubos, por exemplo, teriam se multiplicado com a emergência de novos meios tecnológicos, agora mais eficientes – como armas de fogo mais potentes –, além do pesado estímulo, pela propaganda, à satisfação de “desejos artificiais”. Nesse sentido, estariam apenas em parte corretas as profecias de criminólogos passados, que teriam predito o fim paulatino dos crimes violentos contra o patrimônio.

“Mas a outra parte das previsões se concretizou integralmente. A criminalidade refinada, técnica, hábil, se desenvolveu paralelamente com o aumento da complexidade da vida moderna, especialmente no campo da economia. Disfarçada, aqui, em grupo de homens de negócios, ali em empresa de vulto, acolá em sociedade comercial, a criminalidade prosperou largamente, impunemente...”⁶⁰

Também GULLO afirma que, criminólogos como FERRI e NICEFORO, teriam previsto a diminuição da criminalidade violenta e o aumento da criminalidade por fraude, o que, segundo GULLO, não se concretizou para a criminalidade patrimonial violenta, que não diminuiu. Já a criminalidade por fraude teria de fato aumentado⁶¹. E esse aumento dos crimes econômicos em geral, também segundo GULLO, se deve ao progresso tecnológico, que provê os agentes de meios mais sofisticados para o cometimento de crimes⁶².

Esses novos crimes, conforme PIMENTEL, seriam praticados por pessoas inteligentes,

59 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 4.

60 Idem, *ibidem*, p. 5.

61 GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 7 e 8.

62 Idem, *ibidem*, pp. 11.

socialmente influentes, com prestígio social, bem relacionadas com políticos e funcionários públicos, conhecedoras da legislação e suas falhas, características normalmente ausentes nos autores da “velha criminalidade econômica”, como furtos e roubos, por exemplo. Além disso, os danos causados por esses novos crimes não se limitaria, conforme PIMENTEL, aos prejuízos das vítimas, como ocorre tipicamente na criminalidade patrimonial clássica.

“... [o delito econômico é] capaz de atingir a todos, quer na economia particular, quer na pública, trazendo descrédito às instituições financeiras, às organizações que lidam com o crédito e com a poupança, sejam elas particulares ou oficiais”.⁶³

Além de ressaltar que o seu dano é dirigido a uma pessoa anônima ou indeterminada, PEREIRA DOS SANTOS acrescenta às características do crime econômico, citando AMPUERO, o fato de que se realiza geralmente no contexto empresarial e que visa a um lucro extraordinário (ou uma utilidade complementar) no giro normal do negócio⁶⁴. Nesse mesmo sentido, ARAÚJO JUNIOR afirma que o crime econômico, típico das “classes hegemônicas”, desenvolve-se normalmente no “campo dos negócios”.

“Tais interesses [relativos à “ideologia que tende a privilegiar os interesses das classes hegemônicas e a imunizá-las do processo criminalizador”] estão ligados ao processo de acumulação capitalista, orientando a repressão penal contra os comportamentos desviados que são próprios das classes sociais mais débeis.

[...] Mas essas mesmas classes hegemônicas, que procuram não ser atingidas pelo processo criminalizador, também delinqüem e seus crimes, o mais das vezes, estão ligados, de forma muito estreita, às ações que desenvolvem no campo dos negócios.”⁶⁵

Por tudo isso, a doutrina, como em GULLO, conclui que os delitos econômicos não são conseqüências da pobreza ou da necessidade, mas sim da busca pelo enriquecimento ilícito, perpetrada por agentes pertencentes as classes mais ricas, como em SUTHERLAND e

63 PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. Cit., pp. 5 e 6.

64 AMPUERO, Raúl. La idea de legislar em materia de delito económico. *In* Revista de Ciências Penales. Santiago: 1962, XXI, pp. 27 e 28.

65 ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 35 e 36.

sua definição de “white collar crimes”.⁶⁶

Em suma, no que se refere a caracterização fenomenológica do crime econômico, ele se particularizaria por: a) acompanhar o progresso econômico; b) ser típico das classes dominantes; c) ser mais afeito à fraude que à violência; d) estar normalmente inserido no contexto da empresa capitalista que desempenha atividades lícitas; e) provocar danos a pessoas anônimas e indeterminadas; f) e, enfim, ser cometido para fins de enriquecimento.

Parte da doutrina define o DPE e o delito econômico tomando como base alguma dessas características ou mais de uma delas. Considerando a natureza desse procedimento, tratamo-las por “definições fenomenológicas”. Ressalve-se, porém, que quase nunca tais definições aparecem sozinhas. Na doutrina brasileira que revisamos, elas se mostram conjugadas a definições jurídicas, que são mais genéricas, às quais elas (as definições fenomenológicas) se acoplam para estreitar o objeto referido.

É o caso de Paulo Salvador FRONTINI, que apesar de reconhecer o crime econômico a partir do bem jurídico que ele afeta, conjuga a essa definição uma outra que parte do agente “normal” do delito econômico, do seu regular objetivo de lucro e de seus danos ampliados.

“Trata-se de condutas que, assimilando as feições por que se exteriorizam nas atividades produtoras, buscam o enriquecimento ilícito, através da fraude. Despontam, geralmente, sob a aparência de pessoas jurídicas, acenando com promissoras vantagens ao público em geral. Não raro assumem paramento oficiais, constituindo-se sob a forma legal. E, doutras feitas, essa criminalidade é ainda mais sutil, porque ocorre de modo sub-reptício, mas constante, em meio a atividades ou empreendimentos que, sob todos os outros aspectos, são úteis e válidos à sociedade.

Arrolam-se neste horizonte inúmeras condutas que vão desde o grande estelionato até o crime contra a economia popular e a fraude fiscal.

O delito econômico, assim, é uma entidade que se externa sob variados matizes, atingindo bens jurídico inerentes a intervenção do Estado na economia, quer esta intervenção se projete no campo mercantil, administrativo, tributário, trabalhista ou qualquer. Duas características merecem destaque: 1^a) o delito econômico colima obter enorme e fabuloso proveito material à custa do maior número possível de pessoas; 2^a) o delito econômico é executado, regra geral, por meio de uma organização empresarial

66 GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Op. Cit., p. 11.

quase sempre regularmente constituída.”⁶⁷

Segundo FRONTINI, então, tais características do delito econômico devem compor de alguma forma a própria definição dessa classe de delitos.

GRACIA MARTÍN, subscrito por REGIS PRADO⁶⁸, também vale-se da atividade empresarial para definir o DPE.

“... o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos – v.g., a livre concorrência –, e meio-ambientais, mas também sobre outros de diferente natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de atividade econômico-empresarial (...)”⁶⁹

Ainda que mitigada por expressões tais como “regra geral”, parte da doutrina considera insustentável a definição do DPE a partir de seu agente, que em tese seria a classe dos empresários. Ela seria incorreta porque se trataria tão somente de uma característica accidental do delito econômico, e não substancial, o que ficaria claro quando se considerasse os tipos de crime abrangidos mesmo em definições restritas de DPE⁷⁰. Até nesse caso se incluem delitos que poderiam ser cometidos por não empresários, como investidores eventuais do mercado de capitais – os crimes capitulados na Lei nº 6.385/76 –, contribuintes pessoas físicas – os crimes fiscais da Lei 8.137/90 –, turistas que viajam para o exterior com soma de moeda acima da cota autorizada ou sem autorização – a chamada evasão de divisas, um dos crimes financeiros da Lei nº 7.492/86 – etc.

O mesmo raciocínio se aplicaria a quem define o crime econômico – seja de forma exclusiva ou conjugada a definições jurídicas – a partir do meio fraudulento “normalmente” empregado. Essa seria apenas outra característica accidental do delito econômico, que da mesma forma poderia ser cometido por meios violentos ou clandestinos.

67 FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal. Revista de Direito Mercantil, vol. 5, Ano XI, pp. 42 e 43.

68 PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

69 GRACIA MARTÍN, L. Prolegómenos para la lucha por la modernización e expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, p. 84.

70 Veremos melhor depois, no tópico 2.3.3, o que se quer dizer com definições amplas e restritas do DPE e do delito econômico.

Quanto à rejeição de tais definições fenomenológicas, veja-se o que diz PIMENTEL.

“Estamos convencidos de que uma adequada sistematização doutrinária do delito econômico deve enfatizar a circunstância de ser, independentemente da qualidade ou da condição do sujeito ativo, uma ofensa contra a segurança e a regularidade da boa execução da política econômica do Estado, quer a ofensa se efetive através da fraude, quer se realize por meio da violência, quer se complete por intermédio da corrupção de funcionários administrativos, ou ainda por outros processos.”⁷¹

CASTELO BRANCO adota uma definição fenomenológica do crime econômico. Apesar de inicialmente concordar com a definição de PIMENTEL⁷² – que é uma definição jurídica, como veremos –, ao tratar do que se deve entender por DPE e delito econômico, CASTELO BRANCO ora quer limitá-los aos crimes praticados por empresários e ora os estende a qualquer crime praticado com finalidade econômica, entendida como a busca de alguma vantagem patrimonial ou monetária.

O autor relaciona os delitos econômicos à atividade de empresários que “tramam” inflacionar os preços de alimentos básicos, como o leite, o pão, a carne, ao ponto de destruírem seus estoques – o que normalmente se denomina como açambarcamento – e fraudarem as mercadorias – como quando colocam água no leite, exemplifica –. Mas também relaciona aos crimes econômicos os delitos patrimoniais comuns, quando é grande sua repercussão social – como o roubo a bancos e sobretudo delitos modernamente definidos, como os que atentam contra o mercado de capitais, a economia popular e o fisco –, e também os crimes que constituem mercados ilegais, como o tráfico de drogas, a prostituição e o jogo –⁷³. Do que se pode depreender da leitura da obra, o critério, que permite ao autor relacionar aos crimes econômicos tipos tão diversos, é a busca desenfreada do lucro, do acúmulo de patrimônio, enfim, da ganância. Diz ele:

“Em todo o conjunto destas atividades econômicas, verifica-se que há leis naturais que estão acima da vontade humana e que regem a conquista do lucro e da

71 PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. Cit., p. 23.

72 CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. A Defesa dos Empresários nos Crimes Econômicos. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 11

73 Idem, ibidem, pp. 13 e 14.

riqueza (...). Ainda na busca do lucro e da riqueza, que é a finalidade natural da economia, por ambição do produtor, ou do comerciante, ou do banqueiro, surge o *recurso ilícito* na busca do *lucro indevido* (...).

A *busca do lucro*, objetivo da atividade econômica, é, antes de tudo, um estímulo ...

É a busca do maior lucro que estimula o agricultor, o fabricante, o comerciante, o empresário, enfim, seja ele pessoa física, seja ele pessoa jurídica (...). Nesse mundo de atividades econômicas, em que a busca do maior lucro é uma realidade palpante, surgem alguns empresários, especialmente alienígenas, aplicando meios e métodos reprováveis no desenvolvimento de suas atividades.”⁷⁴

E ainda:

“A nossa finalidade é constatar a realidade positiva das leis penais econômicas, procurando obedecê-las em suas concessões e sanções, aliás necessárias diante dos abusos praticados por aqueles que têm nas mãos a produção, a circulação e a distribuição dos bens essenciais, protegendo afinal os interesses dos consumidores e da comunidade em geral. A busca da riqueza, que é a finalidade da economia, não pode ser desculpa para as ambições humanas, transformadas em ações ilícitas, em nome da liberdade do comércio.”⁷⁵

Perde-se, com esse critério amplíssimo, qualquer nota especial que singularize o que quer signifique o crime econômico, afinal inúmeros crimes tidos como “não econômicos” admitem essa finalidade econômica, como os crimes patrimoniais, o tráfico de drogas ou mesmo um homicídio cometido com promessa de recompensa. Mas isso, diriam alguns autores, também é incorreto do ponto de vista do crime econômico ele mesmo, uma vez que não é regra que um tipo de crime econômico específico exija “finalidade econômica” para se caracterizar. Há crimes econômicos que se caracterizam por punir condutas consistentes em não somente deixar de informar, comunicar, escriturar ou em agir sem autorização, comuns na lei de crimes financeiros, a Lei nº 7.492/86. Além do que é perfeitamente concebível que alguém, num contexto concorrencial acirrado, eventualmente cometa um crime (geralmente

74 Idem, ibidem, pp. 7 e 8.

75 Idem, ibidem, p. 12.

tido por) econômico tão somente com a finalidade de prejudicar seu adversário, sem qualquer esperança de lucrar com isso. É o que pode ocorrer, por exemplo, com algum crime de concorrência desleal, a exemplo da exposição à venda de produto adulterado abrigado em recipiente de outro⁷⁶. E ainda, quanto mais se estende a abrangência do DPE, mais se tende a abarcar nele crimes que, inclusive, podem ser cometido com a finalidade oposta: a de gastar e dispendar riqueza. Por exemplo, seria o caso de alguns dos crimes contra as relações de consumo, definidos no art. 7º da Lei 8.137/90⁷⁷, ou também o do contrabando, quando incluído nos crimes econômicos, como o considera Bianca de F. MAZUR⁷⁸, e que contém a hipótese de alguém que importe mercadoria contrabandeada para o seu próprio consumo, descrita no tipo do art. 334 do CP⁷⁹. Nesse caso e em outros semelhantes que se possam incluir no DPE, não há qualquer “finalidade econômica”. Pelo contrário, o agente com isso diminui a renda de que dispõe para então consumir um bem – no caso do contrabando, um bem proibido no Brasil –.

Explicitados os motivos pelos quais a doutrina rejeita definições fenomenológicas, importa destacar uma espécie de definição “mista” ou “ecclética”, que sintetiza um critério criminológico com outro jurídico. Trata-se da definição do delito econômico como “*violação da confiança* em que [se] assenta a vida econômica e sem a qual esta não é possível”, consoante nos informam FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE. Dizem os autores que,

“Apesar duma idéia muito difundida na literatura alemã [sobretudo nos autores da antiga Alemanha Federal, dizem FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE], não é porém unívoco o sentido da *Vertrauensmissbrauch* e sobretudo o seu papel como elemento definidor do delito económico.”⁸⁰

76 Lei nº 9.279/96. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) VIII – vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

77 Lei nº 8.137/90. Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: I – favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; II – vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; (...) VI – sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas (...);

78 MAZUR, Bianca de Freitas. Os tipos penais de contrabando e descaminho como capítulo do direito penal. Análise de seus aspectos, elementos e características. Curitiba: Dissertação apresentada a Universidade Federal do Paraná, 2005, pp. 34 e ss.

79 Código Penal. Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

80 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., pp. 83.

Nesse sentido, “há quem veja a *violação da confiança* como *meio* da obtenção de vantagens indevidas na vida de relação econômica” e há também quem a entenda como “valor fundamental da vida econômica a defender penalmente”, como “*bem jurídico*”, e ainda quem opte por uma solução intermediária, segundo a qual o delito econômico conteria “na sua prática uma *violação da confiança* (vigente na vida econômica)”, mas que não se completaria se não atingisse o “*bem jurídico* que se define como a *vida econômica, a ordem econômica etc*”⁸¹.

FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE rejeitam também esse critério, pois a “confiança” é algo demasiadamente subjetivo para servir de bem jurídico e, portanto, como definição jurídica do DPE. Ademais, concordando com os autores, poderíamos acrescentar que sua violação dificilmente poderia ser “quantificada”, o que a tornaria um bem jurídico *manco*, sem uma característica que lhe é elementar, qual seja a de permitir que se meça a extensão da lesão que eventualmente sofra. E mesmo como critério fenomenológico não serve para definir o delito econômico. Por certo, sua prática em inúmeras situações não ocorre sem uma “violação da confiança”. Mas isso não pode ser generalizado. Seria forçado, por exemplo, enxergá-la nos delitos econômicos relacionados a ordens da Administração Pública contrapostas a interesses particulares. Pense-se, por exemplo, no crime financeiro de evasão de divisas. Não se pode afirmar, senão com exagero, que o Estado “confia” na adesão do particular às regras de remessa de moeda para o exterior. Pelo contrário. Sabendo que isso pode implicar num prejuízo para o particular, o Estado espera que ele viole a regra. É por isso, aliás, que lhe impõe o constrangimento da constante fiscalização alfandegária.

Em suma, as definições fenomenológicas, sejam exclusivas ou conjugadas a definições jurídicas, reservam essas armadilhas para seus defensores. Além de muito imprecisas, porque se fixam a características acidentais do delito econômico ou comuns a outra classe de delitos, nalguns casos pecam por trair a tradição garantista do Direito Penal. São preferíveis, portanto, as definições que buscam, ainda que sem sucesso, uma definição a partir do suposto objeto jurídico do delito econômico, isto é, seu bem jurídico. Para análise delas reservamos o tópico seguinte.

Observe-se antes que, embora ao final consideremos o Direito Penal Econômico um equívoco teórico – aos menos nos termos em que é definido hoje –, não podemos deixar de observar que, de fato, as definições jurídicas são superiores as definições fenomenológicas.

81 Idem, *ibidem*, pp. 83 e 84.

Por isso, inclusive, contribuímos para a demonstração disso, acrescentando às vezes exemplos e argumentos próprios. Mas isso só o fizemos com a intenção de verificar a melhor versão do nosso objeto de crítica, não de aderir a ele.

2.3. Definições jurídicas: o Direito Penal Econômico como intervenção penal do Estado na economia

2.3.1. O bem jurídico como critério de definição

Como vimos, FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE as chamam “dogmáticas”, e nós chamamos tais definições de “jurídicas”, em reminiscência ao fato de que buscam definir o DPE e o delito econômico a partir de seu objeto jurídico, isto é, o bem jurídico ao qual estão relacionadas.

Não se trata, portanto, de considerar o objeto material desse tipo de delito, que se pode considerar como o acréscimo patrimonial ou monetário correspondente à “finalidade econômica”, entendida como o lucro, o enriquecimento ou algo do gênero – expresso de formas diversas, como na expropriação fraudulenta do patrimônio societário pelo administrador ou na sonegação de tributos pelo contribuinte, por exemplo –, e que vimos, aliás, não se tratar de uma regra nos crimes econômicos. Se, pelo contrário, considerássemos o objeto material do delito econômico, adotaríamos não mais que uma definição fenomenológica.

O objeto material é a coisa (ou pessoa) sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo (agente do delito): como a pessoa na lesão corporal, a coisa no roubo, o documento na falsificação. Distingue-se do objeto jurídico do crime, que é o bem jurídico que a norma penal protege: a vida, o patrimônio, a fé pública.

E o bem jurídico, em grossas palavras, pode ser compreendido como o “interesse protegido” por determinada norma penal, servindo precipuamente como garantia, isto é, para delimitar os limites e as condições que podem justificar a elaboração e a aplicação dessa norma pelo Estado em face de seus cidadãos⁸². É a partir do bem jurídico que se estabelece o

82 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 2ª Edição. Trad. SICA, Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 429.

que se convencionou chamar “definição material” do delito⁸³ – o que de modo algum se pode confundir com o que acima chamamos objeto material do delito –.

Segundo FERRAJOLI, a idéia de bem jurídico tem origem no pensamento iluminista e, originalmente, identificava-se necessariamente com um direito subjetivo natural da pessoa, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade de ir e vir, a liberdade sexual etc. Depois, porém,

“[...] se desloca dos interesses individuais afetados para o interesse do Estado, concebido, inicialmente, como interesse na proteção do que este considera digno dela, e, mais tarde, simplesmente, como interesse na obediência ou na fidelidade. (...) desaparecem progressivamente do horizonte das teorias do bem jurídico os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem seu lugar, primeiro, aos interesses e à vontade do Estado e, depois, à simples idéia do direito e do Estado.”⁸⁴

E ainda:

“Por último, (...) o conceito de bem desmaterializa-se, definitivamente, transformando-se, de critério de delimitação e deslegitimação externa, em instrumento positivo e auto-reflexivo de legitimação política dos interesses tutelados – e, com eles, das normas positivas –, diretamente assumidos como ‘valores ético-culturais’, ou simplesmente, como ‘valores’, cuja violação dá lugar a ‘comportamentos imorais’. (...) Aos juristas nazistas, no marco do novo modelo acentuadamente ético e subjetivista do direito penal da vontade, não lhes restava se não decretar seu [o do bem jurídico] arquivamento e a coerente substituição pelos conceitos de ‘violação do dever’, ‘desvalor da atitude interna’, ou ‘infidelidade’ ao Estado ou a seu chefe.”⁸⁵

Com essa linha de exposição, FERRAJOLI delinea o que se chama “parábola involutiva” das teorias do bem jurídico e desse modo externa desde já sua avaliação negativa a respeito do percurso trilhado pela doutrina desde que abandonou seu ponto de partida.

83 Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A moderna teoria do fato punível. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 1, onde se lê: “... definições *materiais* indicariam a gravidade do dano social produzido pelo fato punível, como lesão de bens jurídicos capaz de orientar a formulação de políticas criminais ...”.

84 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pp. 429 e 430.

85 Idem, ibidem, p. 431.

É especialmente no campo do Direito Penal Econômico – e em razão dele, podemos dizer – que se reformulou a doutrina do bem jurídico, antes focada na proteção de interesses ou bens (que satisfazem interesses) individuais, diretamente relacionados à pessoa humana, sob o argumento de limitar ao máximo a gravíssima intervenção penal. Hoje, porém, o bem jurídico é cada vez menos um instrumento de proteção do indivíduo alvejado pelo poder punitivo e cada vez mais um instrumento de legitimação desse poder. Não que antes não o fosse, também. Mas agora a intervenção penal, outrora justificada pela proteção do indivíduo, justifica-se igualmente pela proteção de interesses ou bens comuns a um indeterminado número de pessoas ou à coletividade difusa. E, no caso de alguns autores, como anota FERRAJOLI, a idéia de bem jurídico chega a ser dispensada, fundando-se a intervenção tão somente na reafirmação da vigência da norma penal violada.

Não é o nosso objetivo discutir a fundo essa questão do bem jurídico. Sem alguma definição sua, entretanto, não seria possível encontrar a melhor definição do DPE a partir do próprio critério da doutrina, que é justamente o bem jurídico. E nós queremos criticar justamente essa melhor definição. As piores dentre elas não precisamos criticar. A própria doutrina já o faz, internamente.

Nessa linha, a nosso ver, a melhor definição do DPE a partir do critério do bem jurídico é a que toma esse conceito nos termos em que o quer FERRAJOLI, pois soa-nos mais compatível com a defesa dos direitos fundamentais, uma vez que pretende cortar pela raiz o uso autoritário do Direito Penal. Nessa linha, o bem jurídico deve exercer especialmente a função de garantia dos indivíduos sujeitos ao poder punitivo, de modo a minimizar (ao máximo) a intervenção penal⁸⁶. Essa mais básica noção já nos é suficiente para apontar o que cremos ser a melhor versão do DPE na doutrina brasileira, de acordo com os próprios critérios dessa doutrina, em que se consagrou o critério do bem jurídico para definir a matéria.

Contudo, veremos ao fim que, nem em sua mais bem acabada definição, o DPE é de fato definido. E isso porque, ainda que resolvidas todas as questões puramente dogmáticas – como o é a própria questão do bem jurídico – o bem jurídico eleito, a “ordem econômica”, só

86 Ver FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 440, onde se lê: “Em conclusão, o princípio da lesividade, como ficou aqui definido, tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao *mínimo necessário* e, com isso, para reforçar sua legitimidade e credibilidade. Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados a categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a ‘fraude de etiquetas’, consistente em qualificar como ‘administrativas’ sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.”

é “econômico” em face de insustentáveis concepções classificatórias de economia, há muito superadas na literatura especializada. No que depender de uma correta definição de economia, que vimos Capítulo anterior, nenhuma parte do Direito Penal pode se reivindicar econômica em detrimento de outra não econômica, como quer a dogmática do DPE. E para isso, tanto faz qual a concepção de bem jurídico que se adota – ou mesmo se esse conceito é descartado⁸⁷ –. Para que isso não seja uma afirmação vazia, queremos também demonstrar isso, pressupondo o que seria o melhor conceito de bem jurídico, que a nossa doutrina nem de longe descarta.

2.3.2. A ordem econômica como bem jurídico

É unânime a idéia de que o crime econômico guardaria alguma relação com a economia. Mas para superar as imprecisões das definições fenomenológicas, não seria suficiente assumir simplesmente que o objeto jurídico de proteção do DPE, seu bem jurídico, guarda alguma relação com a economia. Seria necessário, conforme FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, “ir além das generalidades”.

“Porque devemos correr o risco de ir além das generalidades, não podemos contentar-nos com encarar vagamente o Direito Penal Económico como o direito penal ligado, de modo imediato ou não, ao mercado e às instituições em que se exprime a vida económica.”⁸⁸

Nessa linha, de pouco adiantaria a mera remissão ao Direito Econômico. Inicialmente, a doutrina buscou uma associação entre o Direito Econômico e o Direito Penal Econômico, como se esse fosse simplesmente um ramo qualificado daquele. E isso seria questionável por dois motivos distintos. Primeiro, porque submete o Direito Penal a um mero acessório de outro ramo jurídico e, desse modo, prejudica a observação do conceito de bem jurídico como garantia dos acusados de crimes, uma vez que de acordo com ele somente lesões relevantes, e

87 Num futuro trabalho, contudo, concebemos investigar se de fato o conceito de bem jurídico pode cumprir o que promete ou se, na realidade, apenas adia a constatação inevitável de que, na prática, legisladores e juizes atuam a despeito desse conceito, talvez porque isso seja até inevitável, especialmente no campo do que se chama Direito Penal Econômico. Nesse sentido, o Direito Penal se destinaria em parte ou totalmente a reafirmar a vigência da norma violada e, desse modo, aquele conceito seria ao menos parcialmente inútil ou ingênuo. Mas, em vista de que o conceito de bem jurídico é majoritariamente adotado na doutrina brasileira do DPE, ele é fundamental para apontarmos nela, a partir de seu próprio critério, o que pode ser tido como a melhor definição do DPE até agora possível.

88 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., p. 81.

não qualquer violação ao Direito Econômico, seriam puníveis. Mas a essa crítica, segundo FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, acrescenta-se uma segunda: a de que esse recurso ao Direito Econômico pouco contribuiria para resolver o problema da indefinição, uma vez que o seu conceito é “incerto, vago e polivalente”.

“Um conceito que já vimos definir: ora como *direito da empresa*, ora como conjunto de *normas que conformam a economia e regulam o seu processo*, ora como o *direito da direcção da economia pelo Estado*, ora como um mero *méthode d'approche* e não como qualquer ramo ou domínio específico do direito.” [suprimimos as referências]⁸⁹

Feita essa ressalva, os autores concluem pela adoção de uma definição do DPE que parta do Direito Econômico, desde que essa definição seja entendida com “o sentido e o conteúdo tradicional na doutrina germânica”, como “tutela de valores fundamentais numa coletividade organizada, valores tão importantes que o próprio Estado se torna o seu portador e promotor”⁹⁰.

“Nesta doutrina, de há muito é pacífico considerar o Direito Económico como o direito de direcção da economia, pelo Estado, como o conjunto das normas através das quais se traduz juridicamente a *intervenção* do Estado na economia – direcção e promoção (v.g., por meio de subvenções). No recurso ao direito penal para tutela destes mesmos valores se traduziria o Direito Penal Económico como defesa penal 'da economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais' [fórmula essa repetida numa pluralidade de autores alemães que FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE cita na nota de rodapé nº 72 da p. 86, entre eles, por exemplo, TIEDMANN]. Seriam assim delitos económicos os 'que danificam ou põem em perigo a ordem económica como um todo'. Concretizando, pertenceriam ao Direito Penal Económico todas as normas incriminadoras que se inserem 'na direcção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle dos preços, na luta contra cartéis e práticas restritivas da concorrência e, a partir sobretudo de 1950, na promoção da economia através, principalmente, das subvenções'.”

89 Idem, *ibidem*, pp. 85 e 86.

90 Segundo FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, isso incluiria autores como BÖHM, HEDEMANN, NUSSBAU, KRASE, RINK e ainda outros tantos. Ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 86, nota de rodapé nº 71.

[suprimimos as referências] ⁹¹

Entendido assim, o Direito Econômico seria a marca deixada nos ordenamentos jurídicos das sociedades contemporâneas pelo chamado “intervencionismo estatal na economia”, ou ainda, “dirigismo econômico”. A “política econômica do Estado” produziu tantas normas, tão distintas dos ramos jurídicos tradicionais, que elas passaram a ser distinguidas num novo ramo, cujo marco inicial costuma-se atribuir à época da Primeira Guerra Mundial. E desde então, sobretudo com a crise de 29 e a Segunda Grande Guerra, apenas acentuou-se⁹².

Nesses marcos, conforme SOUZA – referindo-se a Miguel BAJO FERNÁNDEZ e a Silvina BACIGALUPO⁹³ –, o DPE seria justamente o “grau mais intenso do intervencionismo estatal na economia, qual seja, mediante o exercício do *ius puniendi*”⁹⁴. Em síntese, pode-se dizer que o DPE existe com o fim (e se definiria em razão desse fim) de proteger os mais fundamentais dentre aqueles mesmos valores (ou bens, dirão outros) tutelados pela política econômica, isto é, valores relativos à ordem jurídica econômica. Ou, noutras palavras, que se destina a coibir as mais graves violações a essa ordem econômica.

Não há dúvidas sobre a superioridade dessa definição frente às àquelas que simplesmente jogavam para o Direito Econômico o problema de se definir o DPE. No entanto, esse recurso ao Direito Econômico com “o sentido e o conteúdo tradicional da doutrina germânica” não resolve o problema da generalidade da indefinição, senão que apenas o desloca ou adia para o conceito de ordem econômica, como veremos na seqüência.

O fato é que, em todo caso, consagraram-se na doutrina brasileira não só a linha da definição jurídica do DPE como também a de referenciá-la no Direito Econômico, entendido geralmente naqueles termos propostos por FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE.

Já era assim em PIMENTEL, por exemplo. Embora o autor encarasse o DPE como um

91 Idem, ibidem, p. 86.

92 Sobre a história do Direito Econômico e seu conceito definido nesse sentido, ver: ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal. In Temas de Direito Penal Económico. Coordenação de José Faria da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 21, 22 e nota de rodapé nº 30 da p. 22. Ver também FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., pp. 70-71; AMPUERO, Raúl. Op. Cit., p. 22; PEREIRA DOS SANTOS, Gérson. Direito Penal Económico. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 94; PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. Cit., pp. 6-8;

93 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. 2ª Ed. Madrid: Ramón Areces, 2010, p. 13.

94 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à Política Criminal: Direito Penal Económico e novo Direito Penal. pp. 105-145. In Inovações no Direito Penal Económico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União. Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011, p. 120.

ramo qualificado do Direito Econômico⁹⁵, o que como vimos pode ser criticado pela acessoriedade que se confere à intervenção penal, ele recebe o Direito Econômico entendendo-o como “sistema de normas jurídicas destinadas a regulamentar a realização da política econômica”⁹⁶, entendida como intervenção do Estado na economia. Com vistas, então, a coibir com eficácia condutas que ofereçam risco ou prejudiquem “bens ou interesses jurídicos” fixados pelo Direito Econômico, advém o DPE, que PIMENTEL assim conceitua:

“... é o 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”.⁹⁷

E diz ainda:

“Estamos convencidos de que uma adequada sistematização doutrinária do delito econômico deve enfatizar a circunstância de ser (...) uma ofensa contra a segurança e a regularidade da boa execução da política econômica do Estado ...”⁹⁸

PIMENTEL trata de definições, também calcadas no Direito Econômico, mas que diversamente não se baseiam na ideia de política econômica do Estado, senão em bases mais genéricas, como as que são criticadas por FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE. É o caso de Santiago Sabas ARIAS, cuja definição é rejeitada por PIMENTEL.

ARIAS define o Direito Econômico como

“o conjunto de normas que tem por objeto regular as relações humanas na medida em que sejam econômicas, quer dizer, em que perseguem eficientemente a satisfação das necessidades individuais e coletivas (...) estejam ditas normas nas leis civis ou comerciais gerais, ou nas leis econômicas específicas.”⁹⁹

95 PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. Cit., p. 6.

96 Idem, ibidem, p. 9.

97 Idem, ibidem, p. 10.

98 Idem, ibidem, p. 23.

99 ARIAS, Santiago Sabas. Derecho penal económico o pecuniario. Estudios de Derecho: Año XXV, vol. 23, n. 65, março de 1964, p. 333. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “... [o Direito Econômico é] el conjunto de normas que tienen por objeto regular las relaciones humanas en la medida en que son económicas, es decir, en que persiguen eficientemente la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas”, ao que esse autor

Nessa esteira, ARIAS define o DPE como “o conjunto de preceitos providos de sanções penais e dirigidos a munir o Estado dos meios econômicos necessários para atender as necessidades públicas”¹⁰⁰. E, por seu turno, o delito econômico é definido por ARIAS como qualquer violação de uma “relação ou situação econômica, reconhecida legalmente ..., dada no processo econômico total ou apenas em um de seus momentos”¹⁰¹.

Segundo PIMENTEL, ARIAS quer, apesar das dificuldades que reconhece, oferecer

“... uma conceituação precisa do que seja o delito econômico, advertindo que é necessário encontrar um critério global que não seja indefinido, mas que compreenda todas os fatores do processo econômico e das relações econômicas que se desenrolam nesse processo, nos seus diversos momentos”¹⁰²

Mas, conforme PIMENTEL, a definição que termina por dar igualmente “peca pela excessiva generalidade”¹⁰³. Veja-se, por exemplo, que em ARIAS as *relações humanas* seriam *econômicas* na medida em que perseguissem *eficientemente à satisfação das necessidades individuais ou coletivas*. Mas como definir essas “necessidades”? Aliás, o que não se incluiria como “necessidade humana”? Tudo isso, que não só resta indefinido, dá margens a um generalismo que compromete a definição precisa que PIMENTEL quer dar, inclusive para demarcar bem a abrangência do que seja o DPE.

Por outro lado, o autor nos dá notícia de autores cujas definições concordariam com a sua. Assim seria, por exemplo, com a de FREDERICO MARQUES, segundo quem o DPE é aquele ramo jurídico que coloca sanções penais “a serviço da regulamentação normativa da vida econômica e suas repercussões nos fatos que a ordem jurídica disciplina”¹⁰⁴.

Concordaria também com a de MIRANDA GALLINO, quando diz:

acrescenta: “sea que dichas normas se encuentren en las leyes civiles o comerciales generales, o en las leyes económicas específicas”.

100 Idem, ibidem, p. 335.

101 Idem, ibidem, p. 339. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “[o delito econômico é] todo acto punible, positivo o negativo, que directa o indirectamente viola una relación o situación económica, reconocida legalmente – o el conjunto de esas relaciones o situaciones – sea que ella se de en el proceso económico total o en uno de sus momentos”.

102 PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. Cit., p. 24. O autor se refere a ARIAS, Santiago Sabas. Op. Cit., p. 339.

103 PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. Cit., p. 24.

104 FREDERICO MARQUES, José. *In* Prefácio da obra de SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

“... o delito econômico é a conduta punível que produz uma ruptura no equilíbrio que deve existir para o normal desenvolvimento das etapas do fato econômico; ou melhor, a conduta punível que atenta contra a integridade das relações econômicas públicas, privadas ou mistas e que, como consequência, causa dano a ordem que rege a atividade econômica ou provoca uma situação que pode causar aquele dano.”¹⁰⁵

Concordaria, ainda, com a de AFTALIÓN, que por sua vez define o delito econômico como a infração que, por mais que afete interesses particulares, se caracteriza por prejudicar “a política de intervencionismo no econômico-social”¹⁰⁶. Ainda que prejudique, então, aos particulares ou aos órgãos administrativos e as suas regulamentações, o delito econômico afeta “a economia nacional considerada em seu conjunto, ou ao menos afeta as instituições importantes para o funcionamento desse conjunto”¹⁰⁷. O bem tutelado seria então, no dizer de AFTALIÓN, a “ordem pública econômica”¹⁰⁸.

A PIMENTEL, então, podemos acrescentar a idéia de “ordem econômica”, presente nos autores cujas definições ele julga concordar com a sua. Embora essa ideia não tivesse destaque em sua própria definição, ela já estaria implícita nele. Como vimos, ela se caracterizaria como as *repercussões da vida econômica na ordem jurídica* (FREDERICO MARQUES), o *equilíbrio no desenvolvimento das etapas do fato econômico* ou a *integridade das relações econômicas* (MIRANDA GALLINO), a *política do intervencionismo no econômico-social* ou a *economia nacional considerada em seu conjunto* ou ainda as

105 MIRANDA GALLINO, Rafael. Delitos contra el Orden Económico. Buenos Aires: Editora Pannedille, 1970, p. 25. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “... el delito económico es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas y mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño”.

106 AFTALIÓN, Enrique R. Tratado de Derecho Penal Especial. Tomo I. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1969, p. 109. Traduzido livremente pelo autor.; Texto original: “Así, pus, parece claro que según lo hemos sostenido repetidas veces – las infracciones económicas, aunque puedan lesionar intereses particulares, se caracterizan por la circunstancia que afectan y perjudican la política de intervencionismo en lo económico-social que todos los estados contemporáneos se han visto obligados a adoptar-se en mayor o menor medida – como consecuencia de la inseguridad y desajustes económicos característicos de nuestro tiempo”.

107 Idem, ibidem, p. 110. Traduzido livremente pelo autor.; Texto original: “.. transparece, por encima de la eventual lesión a particulares o a organismos o reglamentaciones administrativas, el *daño actual o potencial a la economía nacional considerada en su conjunto*, o, cuanto menos, contra instituciones funcionalmente importantes de ese conjunto”.

108 Idem, ibidem, pp. 99 e 100 Traduzido livremente pelo autor.; Texto original: “.. la noción del delito económico surge no bien se advierte que, em el régimen jurídico de los países que planifican su economía – según lo imperativo contemporáneo que parece muy difícil de huir – se dibuja con nitidez la existencia de un bien jurídico – anticipemos desde ya su nombre: el *orden público económico* – cuya precipua importancia lo hace acreedor a esa máxima tutela jurídica que es la sanción de tipo penal.”

instituições importantes para o funcionamento desse conjunto (AFTALIÓN).

A linha doutrinária de definição jurídica (e não fenomenológica) do DPE, presente em PIMENTEL, espalhou-se na doutrina brasileira. Do mesmo modo, o recurso a conceitos do Direito Econômico e sua definição conforme a tradição germânica referida por FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE. De PIMENTEL para cá, entretanto, houve ajuste sutil na definição. Em vez fundá-la no conceito de política econômica, passou-se a falar mais em ordem econômica. E do que podemos apreender, o emprego do conceito de ordem econômica em lugar de política econômica, visa destacar o suposto caráter supraindividual da atuação do DPE. Essa caracterização, hoje comum, não constava expressamente em PIMENTEL.

A princípio, a ideia de supraindividualidade serve para rejeitar a identificação do bem jurídico do DPE com interesses de particulares e, de acordo com isso, diferenciá-lo do bem jurídico afetado nos crimes patrimoniais, que estariam relacionados à economia mas seriam confundíveis com os delitos econômicos. Conforme FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE

“Interrogando-se sobre a natureza do *bem jurídico* ou *bens jurídicos* que as normas de Direito Penal Econômico tutelam os autores concluem, invariavelmente, pelo carácter *supra-individual* destes bens – o que os distinguiria, nomeadamente, dos que estão na base do direito penal *patrimonial*.”¹⁰⁹

Mas, a nosso ver, a supraindividualidade contém a ideia de que a ordem econômica, além de não se identificar com os interesses dos particulares – ideia já antes presente –, também não coincide necessariamente com os interesses do Estado ele mesmo, que podem ou não estar de acordo com os interesses da coletividade¹¹⁰. Esse seria um mérito do emprego do conceito de *ordem econômica* em lugar da *política econômica* na definição do bem jurídico do DPE.

ARAÚJO JUNIOR caracteriza a ordem econômica, que seria o critério de definição do

109 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., p. 87.

110 Nesse sentido, confira-se a crítica destinada a PIMENTEL que, no âmbito do Direito Penal Tributário, defenderia uma visão “patrimonialista”, isto é, que identificava o bem jurídico tutelado como o “mero interesse do Fisco na obtenção de receitas”. Uma visão diversa, diria, por exemplo, que o Direito Penal Tributário “Não se trataria, portanto, de lesão a um mero patrimônio individualmente considerado, mas de interesses patrimoniais transindividuais estritamente relacionados com as funções econômicas e sociais do Estado”, ideia que poderia denominar “ordem tributária”. Conforme RODRIGUES, Savio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal, pp. 345-366. In Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União. Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011, p. 348 e 349.

DPE e seu bem jurídico próprio, como bem supraindividual e que “se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais”¹¹¹.

GULLO, rejeitando a definição (fenomenológica) do delito econômico conforme o motivo que o agente eventualmente adote quando decida praticar o fato punível, opta por defini-lo a partir da “entidade protegida” pelo DPE, atingida pela conduta que é “empreendida dentro do campo da atividade econômica e de sua ordem indispensável”¹¹².

Para o autor, o conceito de ordem econômica seria autoevidente no que toca ao qualificativo “econômica”: já estaria esclarecido desde já seus “justo limites, ao dizer que é econômica”. Ele aduz que o seu conceito de delito e ordem econômica, apesar de amplíssimos, somente engloba as violações “das liberdades e regulamentos econômicos”, “por cima do patrimônio individual”. Não é que o DPE desconsidere o interesse individual, mas sim que o protege apenas de forma indireta, na medida em que tutela predominantemente interesse público. Ressalva, porém, que “é preferível falar-se de ordem econômica simplesmente”, pois se dirigem a ela tanto interesses públicos quanto privados, o que pode ficar esquecido se se fala tão somente em ordem pública econômica.¹¹³

O autor endossa a definição de Hans Heinrich JESCHECK para o delito econômico, que seria “conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra os ramos ou instituições importantes desse conjunto”¹¹⁴.

Assim, para GULLO, a repressão ao delito econômico significa a repressão às condutas que:

“... lesionam e interrompem o desenvolvimento normal das relações econômicas e que em uma ou outra [na esfera pública ou na esfera privada] destroem as fontes de riquezas e o patrimônio econômico de uma nação.”¹¹⁵

PEREIRA DOS SANTOS igualmente define o delito econômico a partir de seu objeto jurídico de proteção: um fato supraindividual, relativo a valores vinculados ao bem comum¹¹⁶, que é a ordem jurídica econômica, definição que concordaria com a de PIMENTEL, segundo

111 ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. Op. Cit., p. 36.

112 GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Op. Cit., p. 6.

113 Idem, ibidem, p. 6.

114 JESCHECK, Hans Heinrich. Conferência El Derecho Penal Económico Alemán. In Cuadernos de los Institutos nº 73 (nº 13 del Instituto de Derecho Penal). Faculdade de Derecho e Ciencias Sociales, Córdoba, 1963.

115 GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Op. Cit., p. 5.

116 PEREIRA DOS SANTOS, Gérson. Op. Cit., p. 98.

o próprio autor¹¹⁷.

PEREIRA DOS SANTOS ainda faz reminiscências a algumas ideias “econômicas” para completar sua definição de DPE. Diz ele:

“Com respeito à riqueza, a ordem jurídica estabelece toda uma série de princípios e regulamentações pelos quais se regem sua criação e repartição (Alfredo Etcheberry) [PEREIRA DOS SANTOS não especifica a obra desse autor a que se refere em particular]. Os interesses que dizem respeito aos bens (materiais ou não) podem ser individuais (v.g. o direito de propriedade e os direitos pessoais) ou supraindividuais (os bens protegidos pelo direito econômico e penal econômico), de acordo com Tiedmann (*Tatbentandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 6-119 e s.). Há, assim, projeções no processo econômico dotadas de caráter social ou coletivo. O Professor Luis Cousiño, do Chile, teve oportunidade de salientar que, por parte do Estado, o interesse econômico nem sempre coincide com o dos particulares, se se entender a expressão *interesse econômico* como sinônima de *proveito pecuniário*. E isso acontece porque o interesse econômico estadual está diretamente relacionado com os interesses da coletividade e, portanto, num plano superior àqueles próprios da economia privada.”¹¹⁸

Desse modo, segundo PEREIRA DOS SANTOS, a ordem econômica estaria relacionada ao interesse econômico do Estado, entendido como interesse supraindividual e da coletividade, e não como busca de proveito pecuniário, embora diga respeito à criação e à repartição da riqueza.

Como muitos outros de seu tempo e depois deles, tais autores preferiram, no âmbito das definições jurídicas do DPE, defini-lo a partir do conceito de ordem econômica, não sem algumas diferenças pontuais entre os autores. Mas não se pode deixar de observar que, ao menos da doutrina do DPE, esse conceito não serviu para resolver o problema da generalidade da definição do DPE. Ele apenas a adiou. Fora o fato de que ela está relacionada ao fenômeno histórico-político conhecido como “intervencionismo” ou “dirigismo econômico” e que essa intervenção econômica é marcada pela supraindividualidade, resta-nos um vácuo para caracterizar exatamente o que é essa “economia” sobre a qual se intervém e que, no limite,

117 Idem, *ibidem*, p. 103.

118 Idem, *ibidem*, pp. 103 e 104.

diferenciaria a intervenção do Estado em outras esferas da vida, que seriam “não econômicas”.

Nesse sentido, os termos empregados que talvez nos permitissem fazer alguma distinção entre o “econômico” e o “não econômico” são os mais genéricos ou indefinidos possíveis: “âmbito das relações econômicas” (PIMENTEL), (PIMENTEL), “economia nacional em seu conjunto” (FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE e AFTALIÓN), “vida econômica” (FREDERICO MARQUES), “desenvolvimento das etapas do fato econômico”, “relações econômicas” ou “atividade econômica” (MIRANDA GALLINO), “produção, circulação e distribuição de riqueza” ou “campo das atividades econômicas” (ARAÚJO JÚNIOR), “interesses econômicos” ou “criação e repartição de riqueza” (PEREIRA DOS SANTOS), “fontes de riqueza” ou “patrimônio econômico de uma nação” (GULLO).

Nós consideramos que seja justamente essa a causa principal da discórdia na delimitação da abrangência do DPE, isto é, dos crimes em espécie nele contido, o que veremos a seguir. Mas mais do que genéricos ou indefinidos, a nosso ver, os termos que distinguiriam o “econômico” do “não econômico” são também impossíveis: pela simples razão de que a economia é um fenômeno analítico, e não classificatório. Ou melhor, a economia é um *aspecto* do comportamento humano, não um *tipo* de comportamento e, assim, é um *aspecto* do crime, não um *tipo* de crime. No que depender, portanto, da distinção entre “econômico” e “não econômico”, o DPE é teoricamente impossível de se definir.

Mas não encerramos por aqui a nossa análise da doutrina. Adiante, veremos como ela lida com aquela indeterminação. Antes, contudo, não podemos ignorar as distinções que se fazem entre uma acepção ampla e outra restrita do delito econômico e se elas, contribuindo para a definição do DPE, contribuem também para singularizá-lo como intervenção penal econômica.

2.3.3. Acepções amplas e restritas da ordem econômica

Já foi possível perceber, nos autores transcritos acima, que uns buscam delimitar o DPE num campo mais restrito, e outros num campo mais abrangente.

PEREIRA DOS SANTOS vai buscar na doutrina alemã de ZIRPINS e TERSTEGEN essa distinção entre uma acepção ampla e outra restrita para o DPE e o delito econômico. Diz ele:

“No primeiro caso, é a infração que lesiona ou põe em perigo interesses privados, ou,

ainda, a infração que afeta à regulamentação jurídica da produção, distribuição ou consumo de bens e serviços. No sentido estrito, é a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país”.¹¹⁹

Em seguida, o autor remete-se a TIEDEMANN, em obra publicada na Argentina, em que o jurista alemão expõe sua influente opinião sobre o tema, que também distingue uma aceção ampla e outra restrita para o DPE¹²⁰. No caso de TIEDMANN, porém, a distinção é diferente daquela que PEREIRA DOS SANTOS atribui ZIRPINS e TERSTEGEN. Embora o autor brasileiro não repare nisso, não é uniforme a distinção nem doutrina alemã que ele colaciona.

Para TIEDEMANN, conforme pudemos verificar também noutro texto seu, publicado no Chile¹²¹, a aceção restrita refere-se **não** somente aos delitos econômicos que implicam na violação da *ordem econômica*, entendida como *intervenção do Estado na economia*. Refere-se também aos delitos que afetam outros *bens jurídicos supraindividuais*, igualmente *pertinentes à vida econômica*, embora distintos daquela chamada ordem econômica ou intervenção do Estado na economia. Já na aceção ampla, o delito econômico quer dizer, para TIEDEMANN, **não** apenas a violação das *normas que regem a produção, fabricação e distribuição de bens econômicos*, mas a violação que, nesse campo, a princípio atingisse tão somente *interesses privados*, mas que numa situação particular resulte também num prejuízo a um *bem supraindividual*. Isso abarca, por exemplo, delitos que, relacionados à proteção do consumidor ou do competidor, impliquem na proteção de um bem supraindividual. E abarca também os delitos patrimoniais clássicos, mas **somente** quando por meio deles se atinjam patrimônios supraindividuais ou, ainda, quando signifiquem *abuso dos instrumentos da vida*

119 ZIRPINS e TERSTEGEN, *apud* PEREIRA DOS SANTOS, Gérson. Op. Cit., p. 96.

120 TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y el derecho penal económico. Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales, Año 4, N. 5 a 8. 1975, pp. 464. TIEDEMANN afirma o seguinte, traduzido por PEREIRA DOS SANTOS [Op. Cit., p. 97]: “Na perspectiva desta orientação (a unitária), na qual se unem o direito penal e a criminologia em um conceito delito econômico que, ao menos, se aproxima do direito penal vigente, compreende aquele, em primeiro lugar, as transgressões no campo do direito penal da atividade interventiva e reguladora do Estado na economia; além disso, as transgressões no campo dos assim chamados (especiais) *bens jurídicos supraindividuais* ou *sociais* da vida econômica que, por necessidade conceitual, transcendem aos interesses jurídicos individuais; finalmente, fatos penais no campo dos delitos patrimoniais clássicos (estelionato, extorsão, falsificação, coação etc.), sem prejuízo das novas formas de ataque para as quais são reclamadas novas modalidades de proteção e, conseqüentemente, novos bens jurídicos.”

121 TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico. Revista chilena de Derecho. (pp.59-68). Vol. 10. N.º 1. ISSN 0716-0747. 1983. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649428>. Acesso em 13/12/2013.

*econômica*¹²².

A distinção e sua compreensão, na verdade, só se completa quando se tem em mente os exemplos dados por TIEDEMANN. Partindo-se tão somente de suas linhas gerais, pode-se

122 TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico, pp. 61 e 62. Texto original: “En la perspectiva de esta orientación en la cual de unen más o menos el Derecho Penal y la criminología en un concepto común de delito económico, comprende aquél, en primer término, las transgresiones en el campo del Derecho Administrativo Económico, o sea, la defensa penal de la *actividad interventora y reguladora del Estado* en la economía. Comprende, además, transgresiones en el campo de los llamados *bienes jurídicos* colectivos o *supraindividuales* de la vida económica, que por necesidad conceptual trascienden los intereses jurídicos individuales. Finalmente, se incluyen los hechos penales en el campo de los delitos patrimoniales clásicos (estafa, extorsión, defraudación, cohecho, etc.), cuando estos delitos se dirigen en la realidad contra patrimonios supraindividuales (como en los casos de la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos estatales) o cuando estos delitos constituyen abuso de medidas e *instrumentos de la vida económica* (como en los casos de cheque en descubierto y de balance falso).” E ainda TIEDEMANN, Klaus El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico, pp. pp. 67 e 68. Texto original: “De lo dicho se extrae, para resumir, en primer término un concepto limitado de Derecho Económico y de Derecho Penal Económico./Tal concepto abarca aquellas partes del Derecho Penal que tutelan primordialmente el bien constituido por el orden económico estatal en su conjunto, y en consecuencia, el flujo de la economía en su organicidad, en una palabra, la economía nacional. En tanto este organismo económico se halla, como valor supraindividual, preponderantemente institucionalizado y ordenado, dirigido y vigilado por vía de las medidas administrativas – con lo cual se verifica a la política económica –, la materia alcanzada por la definición es el Derecho Penal Económico Administrativo./Al Derecho Penal Económico en este sentido restrictivo corresponde una concepción del Derecho Económico como Derecho de la dirección de la economía por el Estado. En particular, se cuentan aquí los delitos comprendidos por la Ley Alemana Penal Económica. Especialmente, el Derecho de los precios, incluyendo la llamada usura social. Además, cabe en este concepto el Derecho Penal Económico externo, que regla el intercambio económico con áreas económicas extranjeras, y que en la actualidad alemana, apartándose objetivamente de la anterior legislación sobre fuga de capitales y economía de divisas, también ha tomado para sí el antiguo Derecho Cambiario. Junto a la Ley de Vitivinicultura se cuenta también en conjunto del Derecho Fiscal y Aduanero en el plano estricto del Derecho Penal Económico. Se trata de la protección de las metas de la planificación estatal independientemente de que la imposición fiscal, por otra parte, se ha transformado actualmente en el instrumento oculto, pero preferido, de la dirección estatal de la economía./Seda un ámbito mayor al concepto de los delitos económicos si se aplica la idea de que el Derecho Económico está formado por el conjunto de aquellas normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, fabricación e reparto de bienes económicos. Para distinguir estos delitos de los que corresponden al Derecho Penal patrimonial se acude a la exigencia del bien jurídico colectivo o supraindividual (social) aun cuando se añade, concurrentemente, la protección del particular – consumidor o competidor –./En este segundo ámbito, sostenido en Alemania sobre todo por la Corte Constitucional Federal, se vuelven claras la inevitable penetración mutua de la política económica (dirección económica) y policía económica (protección contra el peligro económico). Aquí se cuenta, junto con el Derecho del monopolio y la legislación contra competencia desleal, así como el debido orden del crédito, también el Derecho de ordenamiento de la economía hídrica, significativo para la protección del medio ambiente, al igual que el Derecho de la economía minera y energética. El Derecho Penal industrial, el Derecho Penal concerniente a los alimentos, inclusive medicinas, y el Derecho Penal vitivinícola afectan ya más amplio ámbito policial-económico, al cual también debe adscribirse el Derecho Penal de la protección al trabajo./En vista de las nuevas formas de comisión y de los objetos supraindividuales del delito, tanto como de los medios independizados de comisión, también se incluyen, finalmente, bajo el concepto de hecho penal económico, manipulaciones con letras de cambio y cheques, las defraudaciones en materia de créditos, el abuso de cartas de créditos, el uso indebido de formularios impresos para transferencias bancarias y similares medios que, según el Derecho alemán, sólo caen bajo la figura de la estafa (§ 263 del Código Penal). Corresponden al ámbito de la defraudación (§ 266 del Código Penal), sobre todo el abuso de talonarios de cheques y tarjetas de crédito, el aprovechamiento de informaciones provenientes de “insiders” en las operaciones de valores de bolsa, digamos el hecho de que quien goza de los secretos de una sociedad los explote en beneficio propio (p. e., cuando el gerente de una sociedad, sabiendo en reserva que ésta ha descubierto petróleo, se va a la bolsa a comprar para sí acciones de la sociedad). Corresponden a ese mismo ámbito de la defraudación la subvaloración ilegal de activos y la demora, por parte de bancos e instituciones similares, en efectuar los pagos de remesas al destinatario con el fin de hacer una ganancia adicional. Para la vida económica en Alemania, estos últimos fenómenos constituyen problemas particularmente actuales e discutidos.”

chegar a conclusões opostas as dele quanto à abrangência das acepções restrita e ampla. Trata-se, portanto, de uma distinção um tanto aberta, imprecisa.

Mas é possível compreendê-la se formulada em outros termos e em consideração aos exemplos do próprio autor. Em nosso entendimento, a distinção entre a acepção ampla e a restrita, em TIEDEMANN, pode ser resumida ao fato de que, embora ambas se refiram a delitos em prejuízo de *bens jurídicos supraindividuais relacionados à economia*, na acepção estrita se incluem os crimes cujos prejuízos *direta e inevitavelmente* atingem *bens jurídicos supraindividuais relacionados à economia*, como não poderia deixar de ser quando se trata de crimes consistentes na desobediência ao controle estatal de preços ou na sonegação fiscal – exemplos de TIEDEMANN –. Já quando o prejuízo a *bens jurídicos supraindividuais relacionados à economia* é *eventual* ou *indireto* – sendo *necessário* ou *direto* apenas o prejuízo a um *bem jurídico individual relacionado à economia* –, o delito insere-se na acepção ampla, como ocorre no caso de um crime de concorrência desleal em que, protegendo-se o competidor (ou concorrente), protege-se também a concorrência como um todo (ou como valor institucional), ou ainda no caso de um crime patrimonial, como um estelionato, praticado em prejuízo de uma instituição financeira oficial – também exemplos de TIEDEMANN –.

ARAÚJO JÚNIOR, por seu turno, acrescenta a idéia de que, para além do DPE, o Direito Penal patrimonial também revela um bem jurídico típico das relações econômicas, qual seja o patrimônio, inserto na acepção ampla¹²³. Mas supõe ele que essa ideia, que para nós parece correta, concorde com a definição ampla de TIEDEMANN, o que não procede. Como vimos, esse autor considerava econômico tão somente os delitos patrimoniais com repercussões supraindividuais.

Assim como ARAÚJO JÚNIOR, Heleno Cláudio FRAGOSO também inclui no DPE (na acepção ampla) os delitos patrimoniais, sem exigir deles qualquer supraindividualidade eventual.

“Os crimes contra o patrimônio constituem a criminalidade convencional e

123 ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. Op. Cit., pp. 37 e 38. Diz o autor, nessa oportunidade: “A doutrina, tanto a nacional quanto a estrangeira, entende que nas relações econômicas existem dois bens jurídicos fundamentais, consequentes das normas insculpidas nas Constituições: o patrimônio individual e a ordem econômica, esta um valor supraindividual. Daí afirmar Pedrazi [PEDRAZI, Cezare. *Interessi Economici e Tutela Penale*. In Alfonso M. Stile (a cura de) *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, Jovene Editore, Napoli, 1985, p. 299.] que a doutrina mais avançada, que vai de Tiedmann a Bajo Fenandez, contrapõe um conceito amplo a um conceito restrito dos delitos decorrentes de conflitos econômicos.”

muitos outros autores têm procurado incluí-los dentro de uma idéia mais abrangente de crime econômico, que se integraria dentro da concepção de um direito penal econômico. De tal sorte que aqui seriam incluídos todos os crimes contra o patrimônio e a ordem econômica e, desta maneira, teríamos uma concepção ampla do direito penal econômico.”¹²⁴

REGIS PRADO também repercute a distinção entre uma acepção ampla e outra restrita para o delito econômico. Mas enquanto outros autores se valem da *ordem econômica* para diferenciar a acepção restrita da acepção ampla, REGIS PRADO (e supostamente os autores a que ele se refere) a utiliza em ambas, referindo-se agora a uma ordem econômica em sentido estrito e outra em sentido amplo. Confira-se:

“Na primeira [sentido estrito], entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda [sentido amplo], mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a ‘regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços’ [aqui autor nos remete a BAJO FERNANDEZ, M.; BACIGALUPO, S., na obra *Derecho Penal Económico*].”¹²⁵

Segundo o autor informa, parte da doutrina faz opção exclusiva por uma acepção restrita do conceito, pois,

“... a ordem econômico *latu sensu* não pode constituir-se em bem jurídico *diretamente* protegido (ou em sentido técnico), visto que não pode ser tido como elemento do injusto. Tão somente em sentido estrito pode ser tida como bem jurídico diretamente tutelado (ou em sentido técnico), ainda que manifestado em determinado interesse da Administração [refere-se novamente a BAJO FERNANDEZ, M.; BACIGALUPO, S. *Derecho Penal Económico*, pp. 17-18 e MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico*. P. G., p. 96-97.]”¹²⁶

124 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Os crimes contra o patrimônio. Conferência proferida, em meados de 1984, na Fundação Casa de Rui Barbosa, e publicada postumamente, sem revisão do autor, na Revista Forense n.º 300, out./dez. 1987, p. 5.

125 PRADO, Luiz Regis. Op. Cit., p. 27.

126 Idem, *ibidem*, p. 27.

Para REGIS PRADO, deve-se reconhecer também a ordem econômica *latu sensu* como objeto de proteção penal. Mas ele a entende com o seguinte significado:

“Na verdade impõe reconhecer, para efeito de proteção penal, a noção de ordem econômica *latu sensu*, apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo [aqui REGIS PRADO nos remete a ANTOLISEI, F. *Manuale de Diritto Penale*. P.S., II, p. 150-151].

Assim, a tutela penal se endereça às atividades realizadas no âmbito econômico, e, de certo modo, no empresarial.”¹²⁷

Por âmbito econômico, REGIS PRADO entende as “situações ou fatos econômicos de natureza geral”¹²⁸, (in)definição mais genérica impossível. Em todo caso, a ordem econômica *latu senso*, como a entende o autor, nunca seria diretamente atingida pelo delito econômico. Diz ele:

“Esse conceito de ordem econômica acaba por agasalhar as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores, e constitui um bem jurídico-penal supra-individual, *genericamente* considerado (*bem jurídico categorial*), o que por si só não exclui a proteção de interesses individuais. Além disso, em cada tipo legal de injusto há um determinado bem jurídico *específico* ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supra-individual), *diretamente* protegido em cada figura delitiva. Tal concepção fundamenta em sede penal um conceito *amplo* de delito econômico, mas não totalizador ou amplíssimo”¹²⁹.

Se ao fim essa ideia de ordem econômica *latu sensu* ou *categorial* de REGIS PRADO não serve como bem jurídico, tem pelo menos o mérito de resumir, em poucas palavras, aquilo que em TIEDEMANN (conforme a leitura que dele fizemos) aparece como *bens jurídicos supraindividuais relacionados à economia* e que seria o objeto mais amplo do DPE.

127 Idem, *ibidem*, p. 28.

128 Idem, *ibidem*, p. 28, nota de rodapé nº 5, onde o autor faz referência a PATERTINI, C. *Diritto Penale dell'economia*, p. 41.

129 Idem, *ibidem*, p. 27.

E, com esse sentido, vamos adotá-la.

Essa distinção entre acepções amplas e restritas complementa as definições jurídicas do DPE. Porém, ao contrário do que se poderia esperar, elas não atenuam a indeterminação do conceito (ou “ideia”) de ordem econômica. Diversamente, elas revelam um enorme dissenso quanto aos termos (ademais indefinidos) empregados na definição jurídica, acrescentando ainda outras expressões difusas para definir o que seria o “econômico” que é objeto da intervenção estatal: “produção, distribuição e consumo de bens econômicos” ou “economia de um país” (PEREIRA DOS SANTOS), “produção, fabricação e distribuição de bens econômicos” ou “vida econômica” (TIEDEMANN), “relações econômicas” (ARAÚJO JÚNIOR), “a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo”, “âmbito econômico”, “âmbito empresarial” ou “situações ou fatos econômicos de natureza geral” (RÉGIS PRADO).

2.3.4. O reconhecido insucesso do bem jurídico ordem econômica na definição do DPE

Nessa breve resenha, que pretende ser uma amostra da doutrina, constatamos a exemplar imprecisão e ambiguidade que permeiam as definições jurídicas do DPE em toda a doutrina brasileira, incluindo as “importadas”. Essa imprecisão, que se repete da mais antiga a mais atual doutrina, revela-se no momento em que se definiria o que seria o “econômico” sob a intervenção penal econômica que o DPE realiza. E, como veremos agora, ela se reflete na delimitação da abrangência da matéria.

PEREIRA DOS SANTOS atribuía a indefinição do DPE ao fato de que só recentemente se havia configurado uma ordem econômica, entendida como intervenção do Estado na economia¹³⁰. No entanto, passados trinta anos desde a obra de PEREIRA DOS SANTOS, pouco se resolveu essa indefinição.

Fica claro que nem mesmo a referência ao Direito Econômico, com o sentido que lhe dá a doutrina germânica – isto é, como *intervenção do Estado na economia* ou *ordem*

130 Idem, *ibidem*, p. 93. Diz o autor: “Do direito penal econômico houve quem afirmasse ser, durante muito tempo, um *subúrbio imprestável* do direito penal (Aftalión), o que talvez pudesse ser explicado ante a ausência de uma verdadeira ordem econômica, vale dizer, de uma ordem legal obrigatória para a produção, circulação e distribuição da riqueza. É que, até certo momento, não tão remoto, a sociedade tinha sua vida econômica organizada sobre os conceitos da autonomia da vida contratual e de liberdade do comércio e da indústria. Ora, com o exato conceito de *ordem econômica* ou *ordem pública econômica*, passou o Estado a intervir mais diretamente nos seus objetivos...”

econômica –, resolve o problema da indefinição do DPE. Aliás, é o que de alguma forma está dito em GULLO, que ao reconhecer a imprecisão das definições do DPE e do delito econômico, afirma que para solucioná-la, pouco ajuda a referência que se faz ao conceito de ordem econômica, pois esse conceito também é impreciso¹³¹. Como diz FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE:

“Entre um Direito Penal Económico em sentido estrito (variamente entendido, de resto) e as concepções propensas a dar-lhe o mais lato dos entendimentos, situa-se toda uma série de posições intermediárias.

Tal facto deve-se menos à juventude da dogmática do Direito Penal Económico que à natureza intrínseca deste espaço, profundamente dinâmico e instável, profundamente hipotecado à conjuntura da evolução histórica e às particulares de cada sistema económico-social em que se insere. O seu aparecimento tem sido marcado pelo imprevisto: o Direito Penal Económico, dum modo geral, alimenta-se das sequelas das crises económicas ou dos afrontamentos económicos.”¹³²

Arriscamos dizer que é unânime o reconhecimento da imprecisão da definição jurídica do DPE, como PIMENTEL, que reconhece que o conceito não é consenso na doutrina¹³³ e que existe uma dificuldade de “precisar exatamente a natureza de todos esses bens e interesses” relacionados às “leis que visam à segurança e à regularidade da boa execução da política econômica do Estado”¹³⁴.

De tão evidente, não há quem imagine ter solucionado o problema. Muito menos nós imaginamos que iremos resolvê-lo. O que propomos, a rigor, é que se abandone a tentativa de definir um Direito Penal “econômico” em relação ao um outro “não econômico”. Ou melhor, propomos que esse não seja o critério para distinguir o que quer que exista sob o nome de “Direito Penal Econômico”, mas é claro que não é essa a linha doutrinária atual.

Então, persistindo-se na distinção de um Direito Penal Econômico, existem diferentes saídas para lidar com a imprecisão ao final resultante. Nesse sentido, como já vimos em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, uns crêem que ela seja inerente a próprio objeto, a economia. Para ANDRADE, por exemplo, a dificuldade de se definir claramente o DPE

131 GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Op. Cit., p. 3.

132 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., pp. 67 e 68.

133 PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit., p. 10.

134 Idem, ibidem, p. 22.

ocorre “em virtude de sua historicidade, dinamismo, e seu carácter nacional”¹³⁵. Da mesma forma, assumindo a imprecisão do conceito de ordem econômica, fundamental para sua definição de delito econômico, REGIS PRADO a atribui à fluidez de suas normas, devida por sua vez à instabilidade de variáveis políticas e econômicas¹³⁶. E FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE chega a renunciar ao objetivo de conceitualizar o DPE, cuja definição se seria possível tão somente em termos “de demarcação de fronteiras ou limites”¹³⁷. Isso não impede que esse autor busque, portanto, uma forma de definir o DPE, que, como ele deixa transparecer, chega a ser intuitiva no limite. Vale a pena conferir o texto original em sua integralidade, que diz o seguinte.

“De todo modo, e graças aos esforços desenvolvidos, é já possível marginar com particular clareza um conjunto de infracções que, bem ou mal, se classificam de delitos contra a economia. Ninguém pensaria, *v.g.*, em incluir aqui o homicídio. Mas já ninguém estranhará que um conjunto de infracções, desde a falsificação da moeda à especulação, açambarcamento, práticas restritivas da concorrência, violação de normas fiscais e aduaneiras, destruição ou danificação de certos bens – sabotagem –, falsificação de pesos ou medidas, falências fraudulentas etc. possam com mais ou menos propriedade, incluir-se no Direito Penal Económico. Infracções só possíveis, umas num direito penal perspectivado a partir duma forma de capitalismo de concorrência, outras só pensáveis num capitalismo de forte intervenção estadual, outras privativas dum modelo socialista, outras ainda comuns a todos os sistemas mencionados”¹³⁸.

E mais.

“O critério encontrado permite, na sua aplicação prática, a identificação dum *núcleo* fundamental e geralmente reconhecido como Direito Penal Económico – direito penal dos preços, das subvenções, do comércio externo – mas não resolve – à margem de toda a dúvida – certas zonas cinzentas. É o que acontece, entre outros casos, com a *protecção da concorrência*: será Direito Penal Económico enquanto defesa da

135 ANDRADE, João da Costa. Op. Cit., p. 24.

136 PRADO, Luiz Regis. Op. Cit., p. 27.

137 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., pp. 80 e 81.

138 Idem, *ibidem*, p. 68.

instituição como tal, e já não enquanto punição de formas desleais de concorrência em detrimento dos demais concorrentes. São estas hesitações que permitem que autores, colocados na mesma perspectiva e adotando o mesmo critério – o da intervenção do Estado –, restrinjam o Direito Penal Económico a um mínimo ou o alarguem exageradamente, de modo a incluir nele a maior parte do direito patrimonial do Código Penal.”¹³⁹

Há quem, entretanto, julgue que o DPE e o delito econômico sejam *conceitos jurídicos indeterminados*. É o que faz PEREIRA DOS SANTOS. Diz ele:

“No sexto capítulo do seu *Einführung in das juristische Denken*, sustenta Karl Engisch a existência de *conceitos jurídicos indeterminados*, de conteúdo e alcance incertos em sua forma de expressão legal. Nesse sentido, aludi à imprecisão conceitual do ilícito econômico. Ainda não se conseguiu, como desejado, expungir do conceito as baldas que comprometam a estrutura do delito econômico como categoria científica especial.”¹⁴⁰

Então, o dissenso e a vagueza das definições ficam ainda mais claro quando, a partir delas, busca-se delimitar a abrangência do DPE.

Nesse sentido, FRONTINI inclui nos delitos econômicos a violação a bens jurídicos relacionados ao Direito Civil, Comercial, Administrativo e do Trabalho¹⁴¹. Há outros que diferenciam o DPE do Direito Penal Financeiro, incluindo a ambos no Direito Penal Fiscal¹⁴². Há quem distinga os três, como PIMENTEL¹⁴³, que também distingue do DPE os crimes

139 Idem, *ibidem*, p. 87.

140 PEREIRA DOS SANTOS, Gérson. *Op. Cit.*, p. 104.

141 FRONTINI, Paulo Salvador. *Op. Cit.*, p. 41, nota 1. Diz ele: “... não cabe afirmar que se trata de um ramo autônomo da ciência jurídica, como dos Direitos civil, comercial, trabalhista, administrativo e outros. Trata-se de um segmento especializado desses tradicionais, impregnando-os da marca do intervencionismo estatal nos tópicos em que focalizam relações de cunho econômico, tal como a propriedade e o seguro, no Direito civil; o contrato de trabalho e a liberdade de contratar, no trabalhista; a disciplina do crédito no Direito comercial ou a empresa pública, no administrativo.”

142 FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Glem S.A, 1966, p. 74.

143 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, pp. 17 e 18. “O Direito penal econômico não se confunde com o Direito penal financeiro e com o Direito penal tributário”. E também: “O Direito penal financeiro, por sua vez, tem como objeto jurídico a proteção da política financeira do Estado, relativamente à receita e à despesa públicas, ao orçamento, radicado que está na Ciência das Finanças” “O Direito penal tributário se caracteriza pela sua finalidade de defender os interesses do Estado ligados à arrecadação dos tributos, quando houver ofensa grave a tais interesses. É, em última análise, u ramo do Direito penal financeiro ...”

contra a economia popular¹⁴⁴. Apesar dessa distinção, ao final PIMENTEL sustenta que o DPE, como parte especializada do Direito Penal, engloba o Direito Penal Financeiro – que por sua vez engloba o Direito Penal Tributário – e também os crimes contra a economia popular¹⁴⁵. Mais do que isso, englobaria ainda “os crimes contra a fiscalização do câmbio de moedas, ou as infrações previstas em leis da Previdência Social”¹⁴⁶, os crimes contra as disposições sobre preços¹⁴⁷ ou ainda os crimes falimentares e o contrabando¹⁴⁸. Isso ocorre porque, embora de forma direta o DPE trate de delitos que lesionem “algo mais específico, abrangendo bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado”¹⁴⁹, de forma indireta esses delitos acabam por lesionar também os bens atingidos por aqueles crimes¹⁵⁰. Para ele, a “política econômica do Estado” ocorreria de maneira específica no caso das leis sobre o mercado de capitais, das leis antitrustes, das leis sobre instituições financeiras e outras semelhantes¹⁵¹. Não fica claro, contudo, porque a política econômica se restringe a essas leis, nem qual o critério exato que permite ao autor reuni-las, de modo que não é possível acrescentar seguramente sequer um único exemplo a lista, como quer o autor ao terminar a sentença com a expressão “outras semelhantes”.

Em REGIS PRADO, configura-se um conceito de ordem econômica que abarca delitos tributários, financeiros, monetários, e ainda delitos relacionados às relações de consumo, à concorrência mercantil, dentre outros setores. Nesse sentido, segundo PRADO, a ordem econômica é o bem jurídico genérico, categorial. Em cada tipo de crime, contudo, haverá um bem jurídico específico, diretamente protegido. Assim, o autor acredita ter concebido um

144 Idem, ibidem, p. 19. Nessa oportunidade, PIMENTEL afirma que os crimes contra a economia popular, definidos na Lei nº 1.521/51, são os que representam um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas. E, a p. 20, afirma que apesar de manterem uma intersecção com o DPE, os crimes contra a economia popular “somente protegem uma parte dos bens ou interesses defendidos pelo Estado, no campo da economia”.

145 Idem, ibidem, p. 20.

146 Idem, ibidem, p. 21.

147 Idem, ibidem, p. 20.

148 Idem, ibidem, p. 24.

149 Idem, ibidem, p. 19.

150 Idem, ibidem, pp. 20 e 21. Diz PIMENTEL: “[o Direito penal econômico,] defendendo bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado, alcança também o patrimônio de indeterminado número de pessoas, protegendo-o contra fraudes, ardis e especulações ruinosas. Tal proteção, no entanto, é consequência, e não objetivo primordial, daquela que é dada ao objeto específico desse ramo do Direito.” E a p. 21 diz: “O Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito penal econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fê pública, e a administração pública, em certo sentido.”

151 Idem, ibidem, p. 22.

conceito amplo de delito econômico, mas que não é totalizador ou amplíssimo¹⁵².

Em CASTELO BRANCO, os delitos econômicos se distinguem dos financeiros, tributários, cambiais e penais comuns¹⁵³.

Em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, o DPE se diferencia do Direito Penal Patrimonial, do Direito Penal Comercial, do Direito Penal Fiscal – esse quase sempre considerado incluso no DPE, pela doutrina brasileira atual –, em face de um “corte vertical” que marca “fronteiras com sectores do ordenamento jurídico que não reivindicam o qualificativo de *económico*”¹⁵⁴, em consideração a razões que o autor não explicita, não nessa oportunidade, ao menos.

ARAÚJO JÚNIOR concede ao DPE abrangência muito maior do que PIMENTEL, nele incluindo delitos tributários, financeiros, fiscais, cambiais, falimentares, financeiros, relativos aos sistemas de processamentos ou comunicação de dado, à *dignidade, liberdade, segurança e higiene no trabalho*, aos abusos do poder econômico, à livre concorrência, à economia popular e às relações de consumo e ao meio ambiente. Nesse autor, o DPE se define, primeiro, a partir de uma noção ampla do bem jurídico ordem econômica, que tudo indica que serviria mais para organizar e sistematizar a matéria de estudo do que, de fato, como bem jurídico, que se revelaria de um de tipo diferente e específico em cada situação concreta – tributário, financeiro, cambial etc. –¹⁵⁵.

Em TIEDMANN, mais especificamente no prefácio da obra de ARAÚJO JÚNIOR, o delito econômico é chamado “socioeconômico”. E o Direito Penal Econômico, portanto, “Direito Penal Socioeconômico”. E isso justamente para permitir a inclusão de “não somente os delitos contra a economia nacional, mas, também, os delitos financeiros, tributários, laborais, falimentares etc., alcançando também os chamados delitos societários e outros, que

152 PRADO, Luiz Regis. Op. Cit., p. 28.

153 CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. Op. Cit., p. 12. Diz ele: “1.º) *Infrações econômicas* – Aquelas que disciplinam a atividade econômica dos empresários em particular e do Estado em geral. 2.º) *Infrações financeiras* – Aquelas que disciplinam a utilização dos meios de troca, no âmbito do Estado. 3.º) *Infrações tributárias ou fiscais* – Aquelas surgidas dos princípios e normas que disciplinam a atividade tributária. 4.º) *Infrações cambiárias* – Aquelas que disciplinam a troca de moedas estrangeiras em proteção aos interesses do Estado. 5.º) *Infrações penais comuns* – Aquelas que, interessando à economia, particular ou estatal, estão devidamente inscritas no Código Penal vigente.”

154 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., pp. 68.

155 ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. Op. Cit., pp. 39 e 40. Diz o autor: “A ordem econômica não é, ontologicamente, distinta da tributária e da financeira. As duas últimas são, apenas, espécies de um mesmo gênero jurídico mais amplo, a 'ordem econômica'. Nesta, incluem-se aspectos fiscais; cambiais; falimentares; financeiros; relativos aos sistemas de processamentos ou comunicação de dado; à dignidade, liberdade, segurança higiene no trabalho; aos abusos do poder econômico, à livre concorrência, à economia popular e às relações de consumo.” “Grande parte da doutrina (...) entendem que na ordem econômica estão incluídos estão contidos, também, os crimes contra o meio ambiente. Esta é a nossa opinião...”

possam ter relevância principalmente patrimonial, que se encontram em estreita conexão com a vida econômica”¹⁵⁶.

2.4. Síntese da definição do DPE

Acima, nós procuramos seguir o modo pelo qual a doutrina costuma apresentar o tema. Mas agora, antes de passar a análise crítica daquelas que nos interessam nesta pesquisa, vamos resumir a nosso modo as teses que doutrina colaciona para definir o DPE.

Destaca-se logo de início a difícil tarefa de definir o objeto de estudo. Longe de ser resolvida, ela reflete o que acontece também em muitos outros e variados ramos da Ciência Jurídica. Embora a dogmática penal tenha consagrado o objeto amplo de sua investigação, aquela sua área específica que é o DPE não definiu ainda o que, exatamente, qualifica como econômico determinado âmbito do Direito Penal. E a doutrina tem clareza, explícita e amplamente reconhecida, da falta de clareza da definição do DPE: clareza da falta de clareza, portanto. Essa indefinição, em regra, atribui-se ao próprio objeto regulado pelo DPE, a “economia”, por natureza dinâmica e mutante, dizem os autores.

Quanto à definição até agora “possível” do DPE, a doutrina corriqueiramente propõe-na a partir do seu objeto jurídico, o bem jurídico que ele visa a proteger e que diz respeito à economia. Não serviriam para definir a matéria critérios criminológicos e criminalísticos, que devem ser aproveitados, contudo, para uma compreensão material do crime econômico. E aqui a doutrina também postula que, conforme a amplitude e o número de bens jurídicos que se entendam protegidos pelo DPE, estabelece-se uma concepção mais ampla ou mais restrita do delito econômico. Mas seja na sua aceção ampla ou restrita, o DPE situa-se sempre numa intersecção entre a tutela penal e a economia, de modo que todos os bens jurídicos eventualmente implicados devem guardar alguma relação, mesmo que distante, com a economia.

Contudo, nem todo o Direito Penal que está relacionado à economia é DPE. Haveria ainda o “Direito Penal patrimonial”, por exemplo. Nesse sentido, o que distinguiria o bem jurídico – ou os bens jurídicos – próprio do DPE é, além de sua relação com a economia, a supraindividualidade desse bem. Nessa linha, uma última idéia importante a se destacar é que a doutrina registra o nascimento da matéria na primeira metade do século XX,

156 TIEDMANN, Klaus. *In* Prefácio à ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

simultaneamente ao surgimento do Direito Econômico e do chamado intervencionismo estatal na economia, que esse novo Direito consagrou.

Cumpre-nos identificar, agora, o uso que a doutrina faz da economia. Primeiramente, esse uso é feito para explicar a dificuldade de se definir o DPE. Depois, para caracterização material do crime econômico e, enfim, para em parte definir o objeto jurídico do DPE, para dizer o que o seria a “economia” subjacente ao bem jurídico “ordem econômica”.

Embora já tenhamos antecipado a nossa conclusão, no próximo Capítulo, mediante uma análise crítica, pretendemos identificar e detalhar melhor o uso que a doutrina faz da economia no tocante a definir e a caracterizar o DPE, contrapondo-a claramente a definição analítica de economia que vimos no Primeiro Capítulo.

Capítulo 3. Um confronto entre as duas visões

3.1. As concepções classificatórias de economia nos diferentes elementos da (in)definição do Direito Penal Econômico

Das teses, então, que sintetizamos acima, em quais delas entra uma determinada concepção de economia? É muito difícil precisar isso sem uma análise crítica da doutrina, uma vez que nenhum dos autores problematiza a definição de economia ou visita a literatura econômica. Além disso, misturam inúmeras concepções diferentes sobre o objeto da Ciência Econômica. Pode-se dizer até que, na doutrina do DPE, predomina o senso comum econômico, com todas as suas incoerências e imprecisões.

A verdade, então, é que na doutrina do DPE não há uma discussão sobre o significado da economia. Nessa seara, há apenas um relativo consenso quanto ao fato de que a indefinição do objeto do DPE se deveria, no limite, à indefinição da própria economia, que seria um fenômeno mutante e dinâmico. E que, além disso, a definição do objeto do DPE não decorre unicamente, nem diretamente, da definição de economia, pois ela é mediada pela idéia do bem jurídico “ordem econômica” e, nessa linha, conjugada à supraindividualidade desse bem. Cremos que isso, aliás, seja o subterfúgio com qual os autores desculpam-se de investigar a literatura econômica. Contudo, as concepções (de economia) aí geradas e depois integradas ao senso comum inevitavelmente reverberam na doutrina do DPE, ainda que todas elas misturadas e sem ares de definição fundamentada.

Mais precisamente, elas aparecem em dois momentos distintos: na definição jurídica do objeto do DPE e na caracterização fenomenológica (para alguns também definidora) do delito econômico. Na caracterização fenomenológica, a economia importa diretamente para a compressão do delito econômico. Na definição jurídica, só tem relevância parcial ou indireta: a economia se soma a outros critérios que importam para definir o bem jurídico “ordem econômica”, que por sua vez é imediatamente importante para definição do objeto do DPE.

Entre os dois casos, há apenas sutis diferenças nas concepções de economia pressupostas, em regra um pouco mais primitivas no caso da caracterização fenomenológica, onde em linhas gerais a economia aparece definida, implícita e conjuntamente, como atividade empresarial e de enriquecimento (ou busca de lucro).

3.1.1. Economia nas definições fenomenológicas do crime econômico

Especialmente por influência de SUTHERLAND, os autores tendem a caracterizar o crime econômico como típico do contexto empresarial. Nos países que admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o raciocínio é até mais simples: o crime econômico é aquele praticado pelas pessoas jurídicas que se dedicam a atividades empresariais. Onde, porém, só se admite a responsabilidade pessoal, o crime econômico é mais bem explicado como crime das pessoas de “colarinho branco”, praticado no interesse dos negócios da empresa que representam, sejam elas os proprietários ou funcionários com poder de decisão. Trata-se, em todo caso, de crimes levados a cabo por pessoas escolarizadas, relativamente ricas e com prestígio social.

Nessa linha de raciocínio, também se diz que o crime econômico é praticado com a finalidade de lucro ou enriquecimento e o que o explica não é propriamente a necessidade e a pobreza – que explicariam o crime “econômico” no sentido mais amplo possível, abrangendo a “velha” criminalidade patrimonial –, mas sim a “ganância” pura e simples de auferir proveitos a custa do prejuízo indevido de outros, sejam eles particulares ou o Estado. Assim, o interesse econômico (que é identificado com a finalidade de “enriquecimento” ou lucro) é o que tornaria “econômica” tal classe de crimes.

É isso o que pudemos constatar na revisão bibliográfica, cuja resenha registramos no Capítulo anterior. Lá vimos que a caracterização do crime econômico como típico da empresa e praticado para fins de enriquecimento ou lucro não é nada implícita: grande parte da doutrina o caracteriza assim. Porém, o que remanesce implícito é a redução da economia à atividade empresarial e ao enriquecimento ou busca de lucro, o que é absolutamente incorreto.

A atividade empresarial, como ensina a literatura econômica moderna¹⁵⁷, nada mais é que uma especialização de funções antes desempenhadas conjuntamente no seio da família, que produzia de modo mais autônomo e isolado os bens de que necessitava. Pense-se, por exemplo, numa família de camponeses. A partir de certo ponto, porém, houve o desenvolvimento do mercado e da especialização da produção. Com isso, surge a empresa moderna. Contudo, mesmo hoje, a atividade econômica não se esgota na atividade empresarial, seja porque ainda existem economias nacionais ou regionais não totalmente especializadas/mercantilizadas, seja porque a empresa não exaure todo o processo produtivo de um bem – algumas etapas são relegadas naturalmente aos próprios consumidores, como no

157 MUELLER, John D. Op. Cit., p. 26.

caso de quem cozinha em casa, quem dirige o próprio carro, quem vai até a “loja” comprar mercadorias etc. –, seja porque, finalmente, a atividade econômica não se resume à produção. Abrange também, e necessariamente, o consumo.

Por tudo isso, seria um equívoco grave resumir a atividade econômica à empresa. A doutrina do DPE não faz tal redução de maneira explícita, pois a rigor nem se pronuncia decididamente sobre o assunto. Mas, ao admitir como “econômico” tão somente uma classe determinada de crimes que ademais seriam típicos da empresa, permite que se faça tal confusão.

Também merece crítica essa associação em vista de que a noção de empresa adotada implicitamente restringe-a à atividade empresária “licitamente constituída”, digamos. Vale a pena registrar que essa associação entre economia e “empresa lícita” se deve, provavelmente, à influência da chamada Economia do bem estar material. Como vimos no Primeiro Capítulo, a Economia do bem estar material à qual se contrapôs ROBBINS defendia que a guerra não poderia ser estudada pela Economia porque não produzia bem estar material, senão que provocava um mal terrível e destrutivo. Mas, como argumenta ROBBINS, não se pode limitar os “fins” na economia tão somente aos fins morais, éticos etc., senão a qualquer fim que se seja proposto pelo indivíduo, sendo que a Economia os toma como dados ¹⁵⁸.

Diversamente, nessa associação entre “empresa” e “empresa lícita”, a primeira não é encarada simplesmente como unidade produtiva especializada, senão também como “empresa” regularmente constituída, “formalizada”. Essa identificação exclui, de pronto, a “economicidade” de crimes – como o tráfico de drogas e outros mercados ilegais – cuja consecução igualmente exige, sob pena de insucesso, alguma organização empresarial, mas que dessa vez será necessariamente “informal”, “irregular” ou “ilegal”. É que, nesse caso, o crime não é um acidente ou acessório na consecução do empreendimento, relativo a um objeto cujo comércio seja permitido. Dessa vez, o crime é o próprio objeto da empresa, digamos, pois corresponde à criminalização da atividade econômica principal, como a produção e o comércio de drogas, no crime de tráfico. Contudo, no que depender da doutrina do DPE, o empreendimento de tais empresas “ilegais” não será econômico.

A empresa, como a definimos, é um fenômeno subordinado à existência do mercado, e vice-versa. Entendido como um lugar imaginário onde se realizam sucessivas trocas, monetárias ou não, ele dá sentido a especialização da produção em unidades que chamamos

158 Ver tópico 1.2.4. e 1.2.5, no Capítulo 1.

empresas.

Nem todo agente de um mercado, porém, é um empresário. A ideia de empresa adequa-se propriamente a quem se dedica profissionalmente a produzir bens para o mercado. Mas há quem o faça – isto é, quem produza bens para o mercado – sem, contudo, dedicar-se a isso profissionalmente. E aí reside outro problema em restringir a economia à ideia de empresa. Por conta dessa associação, pode-se facilmente excluir a “economicidade” de crimes que, relacionados à disponibilização de bens num mercado, não sejam sempre praticados de forma profissional, como a prática eventual de crimes patrimoniais cujos frutos atendam a uma demanda indireta, a exemplo de carros furtados ou roubados que, “desmanchados”, são destinados a suprir a procura por autopeças.

Todavia, para corrigir o equívoco da redução da economia à atividade empresarial, pouco ajuda recorrer a uma noção de mercado, pois essa seria outra redução equivocada. Embora o mercado seja o modo predominante pelo qual as pessoas adquirem os bens que desejam, ele não é exatamente necessário à atividade econômica, nem esgota todo o processo econômico. Não é necessário porque alguém pode, como no exemplo da família de camponeses, viver da sua própria produção, combinada eventualmente a transferências gratuitas intrafamiliares ou comunitárias. E não é suficiente porque o mercado, quando parte do processo econômico, é apenas uma etapa sua, onde os frutos da produção especializada se intercambiam. Antes e para além dele, entretanto, existe ainda, e necessariamente, a produção e o consumo. Como diria ROBBINS, “Uma coisa é dizer que a análise econômica *tem mais interesse e utilidade* em uma economia de trocas. Outra coisa é dizer que seu objeto é *limitado* a tal fenômeno”, pois “é claro que o comportamento fora da economia de trocas é condicionado pela mesma limitação de meios em relação aos fins que o comportamento dentro da economia [de trocas]”¹⁵⁹.

Aliás, quando se reduz a economia ao mercado, isto é, às trocas, exclui-se da economia os modos pelos quais os bens se transferem gratuitamente, seja por vontade própria, como nas doações, seja pela força, como nos crimes patrimoniais ou na imposição de tributos. Como veremos no Capítulo seguinte, é evidente que, enquanto “modo de transferir” bens, o mercado assume absoluta prevalência na economia contemporânea. Mas não se pode ignorar que mesmo hoje, quanto mais ainda no passado, as transferências gratuitas tenham grande importância na provisão de bens para muitas pessoas e para existência do próprio Estado

159 ROBBINS, Lionel. Op. Cit., p. 18.

moderno, encarnado numa gigantesca máquina administrativa suportada pela imposição de transferências gratuitas.

Muito pior, no entanto, é quando a doutrina do DPE caracteriza o crime econômico como sintoma da “ganância”, sugerindo que isso é o que torna tal crime “econômico”. Como vimos em ROBBINS, embora a “busca do dinheiro” (ou do “lucro”) seja a principal finalidade da empresa, não é essa finalidade em particular que torna “econômica” determinada atividade, assim como a atividade econômica não se resume à empresa. Na verdade, se algum fim último se pode atribuir à atividade econômica, incluindo seu desenvolvimento mediante a empresa, esse deveria ser entendido num sentido muito genérico, como satisfação das necessidades humanas, quaisquer que sejam, e não da sede pelo lucro em particular. Embora nosso modo de vida contemporâneo aparentemente sugira o contrário, o lucro ou o acúmulo de riquezas não é um fim em si mesmo: ele se destina a provisão, futura ou potencial, dos bens que imediatamente satisfaçam necessidades humanas. É o que fica muito claro quando se pensa no consumo, última etapa da atividade econômica como um todo e que visa não o acúmulo de riquezas, mas sua destruição.

A redução da economia à busca do lucro também retroalimenta a errônea redução da economia à atividade empresarial e ao mercado, pois o lucro, no sentido usual, é entendido como a diferença obtida entre custos de obtenção de um bem e o seu preço de venda no mercado. Assim, supõe-se, não só a redução da economia à busca do lucro, mas igualmente ao mercado e à empresa, o que já vimos ser equivocado.

Outra suposição errônea que com freqüência se repete na doutrina do DPE revela-se no emprego descuidado da expressão “enriquecimento”. Relativo à riqueza, em sua significação usual esse termo se restringe a designar bens materiais, tangíveis. Como vimos em ROBBINS, pode-se com isso incorrer na equivocada idéia de que a economia lida unicamente com coisas materiais, sensíveis, em prejuízo dos bens imateriais, como os serviços. Porém, só o fato de que no mercado contemporâneo se troca “riqueza” por bens intangíveis já deveria afastar a idéia de que a “economicidade” de um crime dependa do auferimento ou não de riqueza.

Todas essas definições de economia, de forma reptílica, recheiam a doutrina quando da caracterização material ou fenomenológica do crime econômico. Elas partilham de alguma concepção classificatória, que tende a subdividir a ação humana entre “econômica” e “não econômica”. Nenhuma delas resiste a análise que nos leva à adoção de um conceito analítico de economia. Nesse novo – na verdade, velho – conceito, a economia aparece como um aspecto de toda a ação humana, qual seja o de relacionar, a fins ilimitados, meios escassos que

admitem usos alternativos.

3.1.2. Economia na definição jurídica

Já no tocante à definição jurídica do objeto do DPE, a problemática concepção de economia aparece de um modo um pouco mais elaborado, superada a identificação com a atividade empresarial e o enriquecimento ou busca de lucro. Mas também aqui, novamente, aparece de forma dispersa, confusa e obscura.

Nesse caso, após a definição do bem jurídico do DPE, definido como ordem econômica, fala-se da sua relação com a economia e, nesse momento, seria o caso de se definir o que entende por economia. Poucos se preocupam, então, com oferecer essa definição.

Para averiguarmos completamente a influência de uma determinada concepção de economia na definição jurídica do DPE, devemos ter em mente a distinção entre a aceção ampla e restrita do delito econômico, que a nós chegou por influência da doutrina germânica.

Em consonância com TIEDMANN¹⁶⁰, a aceção restrita refere-se aos delitos que violam a política econômica do Estado, que ele entende ser aquilo que se pode denominar propriamente como “ordem econômica”. Já na aceção ampla, quer dizer os delitos que violem a regulação jurídica da “produção, distribuição, circulação e consumo de bens econômicos”. A diferença substancial, como vimos, é que, embora ambas as subdivisões de delitos se refiram a crimes em prejuízo de *bens jurídicos supraindividuais relacionados à economia*, na aceção estrita se incluem os que *direta e inevitavelmente* atingem esses bens, e na aceção ampla os que o fazem somente de forma *indireta* ou *eventualmente* – atingindo de forma *direta* ou *inevitavelmente* a bens jurídicos relacionados a interesses privados –.

Nem a ideia de “ordem econômica” (ou “política econômica do Estado”), nem a de “produção, distribuição, circulação e consumo de bens econômicos” revelam propriamente uma definição de economia. Além disso, como se pode perceber, a distinção entre as aceções amplas e restritas não deriva de uma definição econômica, mas sim jurídica, entre interesses (ou então bens jurídicos) privados, de um lado, e os supraindividuais, de outro. A definição de economia, assim, não é o que distingue as aceções, mas sim o que as une no conceito comum de delito econômico.

E, nessa hora, a definição de economia pode parecer supérflua ou até desnecessária.

¹⁶⁰ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico, pp. 61-62 e 67-68.

Distinguidas uma acepção ampla e outra restrita, bastaria uma vaga noção do que seja a economia, como a que nos dá o senso comum, para uni-las no conceito de delito econômico.

Essa vaga noção, no caso de TIEDMANN e seus consentâneos nacionais, é a fórmula revelada na definição ampla de delito econômico, isto é, a “produção, distribuição, circulação e consumo de bens econômicos”. Entretanto, tal fórmula não trata de definir o que seja a economia. E isso já se pode vislumbrar pelo fato de que, nela, apenas remete-se a indefinição do que quer seja a economia ao que quer sejam os “bens econômicos”.

Na verdade, a fórmula acima apenas enuncia distintas categorias de ação econômica, as quais correspondem aos diferentes momentos do processo econômico, mas não define o que seja esse processo.

Aliás, é importante anotar que nesse caso se pode, muito facilmente, restringir de forma injusta a noção de bens econômicos. Em sintonia com o que vimos antes, essa noção não pode ser limitada à riqueza, aos bens materiais, tangíveis, pois se estende também aos serviços. Ademais, não se pode supor que sejam bens econômicos tão somente aqueles para os quais exista um mercado e, tão pouco, um mercado “lícito”, “formal”. Bem econômico é tudo o que satisfaz uma necessidade humana, isto é, que tenha utilidade e, além disso, esteja disponível em quantidade escassa e tenha usos alternativos¹⁶¹. Isso inclui bens tangíveis e intangíveis, morais e imorais, lícitos e ilícitos. A noção de bem econômico, portanto, é indiferente ao julgamento moral que se possa fazer a respeito dele, ou melhor, da atitude de quem o requer para satisfazer determinada necessidade sua. Apesar de eventualmente “imoral”, o bem continua sendo econômico. Desse modo, não se pode excluir da idéia de bem econômico aquelas coisas ou serviços cuja “produção, distribuição, circulação e consumo” seja considerada crime. Assim, a “produção” ou “circulação” de drogas ou do homicídio (um serviço ilícito) é igualmente uma atividade econômica. Não veremos, contudo, nenhum autor considerar o homicídio ou o tráfico de drogas como pertencente ao DPE. Muito pelo contrário. No caso do homicídio, por exemplo, esse costuma ser justamente o exemplo negativo do que certamente não seria um delito econômico¹⁶².

Há de destacar, em todo caso, que a indefinição marca a recepção da economia nas definições jurídicas do DPE. Aqui não se trata exclusivamente da adoção de concepções classificatórias de economia, como costuma ocorrer na caracterização material do crime econômico. Elas aparecem também. Porém, isso ocorre, sobretudo, porque a doutrina hesita

161 Veremos com detalhe o conceito de bem econômico no tópico 4.2.

162 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. Cit., p. 68.

em definir precisamente o que entende pela “economia” subjacente à ordem econômica e, nesse passo, cede passagem ao senso comum que preencherá esse vazio, resultante do emprego de definições muito imprecisas, genéricas. Para além daquela fórmula, por exemplo, há quem fale em “vida econômica” ou “relações econômicas”, sem explicitar o que se quer dizer com isso.

Mas há também quem, residualmente, arrisque definir a economia subjacente à ordem econômica como “mercado”, “relações negociais” – o que é praticamente o mesmo que dizer “mercado” –, relações humanas que “perseguem eficientemente a satisfação de necessidades individuais e coletivas” e, ainda, “criação e repartição de riquezas”.

Já externamos as críticas que a definição de economia como “mercado” ou como relativa à “riqueza” merecem. E vale apenas registrar o equívoco de defini-la em termos de busca pela satisfação de necessidades. Embora aqui não se queira restringi-la a busca de riqueza ou lucro – o que ocorre na caracterização material do delito econômico –, ela se concentra nos fins da ação econômica. E como lemos em ROBBINS, esses fins não são o que singularizam a economia, senão a sua relação com os meios disponíveis para atingi-los.

O que, de fato, singulariza a atividade econômica não é um critério que a contraponha a outra classe de atividades “não econômicas”, senão que é um aspecto de toda atividade humana, distinto, aí sim, de outros de seus aspectos. Esse aspecto, já dissemos, é o de relacionar, a fins ilimitados, meios escassos que admitem usos alternativos.

3.1.3. A (des)importância final da economia para definir o DPE

Deve restar claro, insistamos, que no que toca à definição jurídica do DPE, não apenas a economia importa. Além das noções classificatórias de economia, que terminam por recheiar essa definição, influem na sua construção outras teses ou ideias que gravitam em torno da noção de bem jurídico “ordem econômica”, como a sua supraindividualidade e a atribuição do seu nascimento ao fenômeno histórico conhecido como intervencionismo estatal na economia, no início do século XX. Um estudo completo sobre o tema certamente exigiria a crítica da restrição da supraindividualidade a determinados crimes e a pressuposição de que, no liberalismo, o Estado não intervinha na economia. Por ora, contudo, nos limitamos à crítica ao que de supostamente econômico comporta a definição do DPE.

Como vimos, a economia aparece tanto na caracterização material (ou fenomenológica) do delito econômico quanto em sua definição, que é jurídica. No primeiro caso, a economia é

eminentemente mais importante. Pode-se dizer que essa caracterização fenomenológica é inteiramente econômica. Mas no segundo caso, ela se acopla a elementos jurídicos, dogmáticos, que assumem aqui maior relevo em relação à economia, que só em parte ou indiretamente entra na definição do DPE.

O que esperamos ter demonstrado é que, nem na sua caracterização material, nem em parte ou indiretamente na definição jurídica, o DPE é econômico pelas razões que a doutrina quer, razões essas que redundam em reducionismos impróprios da economia, limitada a determinadas atividades em particular, como o mercado ou os negócios, a busca de riqueza ou de lucro.

Na verdade, é absolutamente impróprio, do ponto de vista de um conceito analítico de economia, vir a supor um Direito Penal “econômico” em contraposição a outro “não econômico”. Dessa forma, o DPE é econômico somente de um ponto de vista classificatório de economia. Em sua caracterização material, a adoção desse ponto de vista classificatório é facilmente percebida. Na sua definição jurídica, porém, essa percepção é menos evidente. Em alguns autores, ela só se revela no momento em que se passa à delimitação da abrangência do DPE – isto é, que crimes específicos inclui –. Noutros, resta a indefinição de economia ao término da definição jurídica, que será inevitavelmente preenchida pelo pensamento confuso e disperso que é típico do senso comum econômico, que é classificatório.

Capítulo 4. O crime, *qualquer que seja*, como atividade econômica

Uma outra forma de expor a definição analítica de economia – entendida como *uso de recursos escassos que tem usos alternativos* – nos foi dada por John D. MUELLER. Além de torná-la mais palatável, ele também a explicita em momentos ou categorias (produção, distribuição, troca e etc.), as quais mais tarde nos serão úteis para elaborar a nossa hipótese de gêneros econômicos de crime, cada um deles correspondendo mais ou menos a uma daquelas categorias.

O que nos diz MUELLER? A economia, como em ROBBINS, é definida como um *aspecto* particular da ação humana, e não como um *tipo* particular de ação. “Os escolásticos operam com a premissa de que a Economia é estudo de certo aspecto da ação humana.”¹⁶³. Não que tenha sido formulada pelos escolásticos, senão que por ROBBINS e, então, MUELLER a vê compatível com os escolásticos, entre cujos continuadores ele se inclui como neo-escolástico.

Se encararmos a atividade humana como reduzida exclusivamente a esse seu aspecto econômico, como o faz MUELLER, podemos descrevê-la como “atividade econômica”. De modo algum, porém, se deve confundir a expressão assim concebida com os seus significados correntes: o de um *tipo* particular de comportamento humano ou, pior, o de um ramo profissional específico, como a agricultura, a metalurgia etc.

Nessa linha, o crime, qualquer que seja e compreendido como ação humana tipificada, pode ser descrito como tendo um aspecto econômico e, portanto, como atividade econômica, isto é, quando encarado exclusivamente a partir daquele seu aspecto econômico. Com base nisso, nós desenvolvemos uma hipótese que restabelece nesses marcos a relação entre crime e Economia, a fim de demonstrar que a intervenção penal do Estado na economia não se resume ao Direito Penal Econômico, senão que se estende a todo o Direito Penal.

Existe um risco, contudo, que é assumir aquelas categorias da ação econômica como um tipo de comportamento que defina a economia. Para que seja possível elaborar nossa hipótese com base naquelas categorias, sem contudo regredir a concepções classificatórias, nós vamos solidificar alguns outros conceitos que nos serão imprescindíveis para demarcar, mais uma vez, que se trata de um perspectiva analítica. Trata-se dos conceitos de bem econômico, necessidade e utilidade, que serão abordados no decorrer da exposição das

163 MUELLER, John D. Op. Cit., p. 104. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “The Scholastics operated with the premise that economics is study of a certain aspect of *human* action.”

categorias econômicas da ação.

4.1. Categorias econômicas da ação como momentos da atividade econômica

A análise da atividade econômica permite o seu desmembramento em categorias – equivalentes a etapas ou momentos da ação econômica – como a produção, a distribuição (entendida como doação) e o consumo, conforme o faz MUELLER¹⁶⁴. A finalidade desse procedimento, normalmente, é o de organizar o estudo dos diferentes temas econômicos. Mas aqui se trata, basicamente, de explicitá-las como etapas da resposta ao problema econômico ou como um detalhamento desse problema.

Em vista da limitação imposta pela escassez, as pessoas se deparam com a urgência de definir *que* bens satisfarão suas necessidades e de *como* obtê-los. A primeira questão diz respeito ao consumo e a segunda a produção.

Mas mais do que isso, as pessoas também se interrogam a respeito das necessidades de *quem* satisfazer: se as suas próprias ou as de outras pessoas.

Essa interrogação não existe, é claro, para alguém que, como Robson Crusoe, viva isolado do contato com outras pessoas. No seu caso, todo o problema econômico se resume ao *como* e ao *que* obter, à produção e ao consumo, portanto. Mas isso que é razoável em termos abstratos é absolutamente despropositado em comparação com a realidade humana concreta. A interrogação sobre (as necessidades) de *quem* satisfazer é inerente à atividade econômica por conta do fato inexorável de que o ser humano, ao menos num de dois momentos distintos de sua vida – a infância e a velhice –, estará incapacitado de prover o seu próprio sustento e dependerá de outras pessoas para subsistir. E, além disso, desde o núcleo humano mais elementar, a família, as pessoas atribuem-se diferentes tarefas e doam-se reciprocamente os bens (ou parte deles) que produzem em separado. Assim, a questão referente a *quem* prover, se a si próprio ou a terceiros, é inevitavelmente um momento da atividade econômica.

Desse modo, frente ao problema da escassez, existem pelo menos três questões básicas a serem respondidas: *como*, *para quem* e *o que*. A cada uma dessas questões corresponde uma diferente etapa ou momento da atividade econômica concebida de seu início ao fim: a produção, a distribuição e o consumo, sendo que a troca, eventualmente, pode estar presente como resposta alternativa ao *como*. Isso ocorre quando, em vez de produzir diretamente os

164 Idem, *ibidem*, pp. 17-26.

bens de que necessita, a pessoa produz outros bens que depois virá a trocar por aqueles. Com essas quatro categorias em mente, MUELLER encerra o que pretende ser um esquema explicativo da ação econômica ¹⁶⁵.

A atividade econômica passa necessariamente por aqueles três momentos iniciais, mas não exclui que passe pela troca. Portanto, concordamos com o que propõe MUELLER. Mas é verdade que, em tese, mesmo alguém mais real do que Robson Crusóé pode passar sem trocar, como pode ocorrer com uma família de camponeses que viva bem distante de tudo, uma tribo indígena intocada ou uma sociedade comunista fechada. Nesse sentido, a troca não nos parece inerente ou necessária como momento da atividade econômica, senão que é contingente.

Em consideração à contingencialidade da troca como categoria da ação econômica, entendemos que a explicação dessas categorias não se completa se não acrescentarmos que elas podem igualmente ser descritas como “modos de apropriação” de bens econômicos. Desse modo, em vez de conceber a atividade econômica *enquanto a atividade humana reduzida ao seu aspecto econômico*, a descrevemos como *atividade humana referente a bens econômicos*. Ao fim, trata-se da mesma coisa, mas em teoria nos permite diferenciar melhor quais são (e o que são) os *momentos da atividade econômica*, encarando-os como *modos de apropriação de bens econômicos*.

Note-se que se trata tão somente de enunciar, em outros termos, a definição analítica de economia. Encarada como atividade referente a bens econômicos, não a restringimos a qualquer atividade em particular. E isso se perfaz com a definição igualmente analítica do conceito de bem econômico, isto é, concebidos eles também de forma analítica, não se restringindo a mercadorias, nem a bens materiais etc., senão a tudo aquilo que é útil à satisfação de uma necessidade, qualquer que seja, e esteja submetido a escassez, tendo usos alternativos.

Nesse sentido, prosseguindo para analisar as contribuições de MUELLER quanto à separação da atividade econômica em categorias distintas, importa solidificar alguns conceitos que serão fundamentais na elaboração de nossa hipótese: os de utilidade, bem econômico e necessidade.

4.2. Bem econômico, utilidade e necessidade

165 Idem, ibidem, pp. 1 e 18.

Primeiro, vejamos o conceito de utilidade. MUELLER explica que a utilidade não diz respeito a um valor intrínseco que um determinado bem possua. Esse valor de “utilidade” decorre da relação entre uma pessoa, ou melhor, de suas necessidades, e um objeto (material ou imaterial), que são os bens econômicos¹⁶⁶. Em poucas palavras, como diz RIZZIERI, “Por utilidade entende-se a capacidade que tem um bem de satisfazer uma necessidade humana.”¹⁶⁷.

Necessidade humana, segundo esse mesmo autor, é um conceito que abrange qualquer manifestação do desejo humano, que contribua com a “sobrevivência” ou “realização social” do indivíduo. Do ponto de vista econômico, não interessa a validade moral de uma necessidade, nem se ela é psicológica ou fisiológica¹⁶⁸.

E, enfim, o conceito de bem econômico se estende a tudo aquilo que possa satisfazer uma necessidade, isto é, que tenha utilidade. Eles podem ser materiais ou imateriais, conforme seja ou não possível se atribuir a eles características físicas como peso e dimensão. São exemplos de bens imateriais as aulas de um professor, as consultas de um médico, a vigilância feita por um guarda, a atuação do advogado junto à Justiça etc. Normalmente, diz RIZZIERI, o serviços se esvaem simultaneamente a sua produção, diversamente do que ocorre com os bens materiais, que duram para além do momento em que são produzidos¹⁶⁹.

Não basta, porém, que satisfaçam necessidades. Para que sejam bens econômicos, é necessário sejam escassos e tenham usos alternativos. Os bens são escassos quando existem numa quantidade insuficiente para satisfazer as necessidades a que se destinam¹⁷⁰. E quanto aos usos alternativos, segundo FALGUERAS-SORAREN¹⁷¹, eles se determinam conforme sua possível aplicação a diferentes fins (necessidades) ou conforme ao seu uso por diferentes pessoas, em vista de uma mesma necessidade. A primeira é a determinação subjetiva dos usos: está relacionado à substância técnica do bem, no caso de um objeto material, ou à criatividade

166 Idem, *ibidem*, p. 24.

167 RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. *Op. Cit.*, p. 11.

168 Idem, *ibidem*, p. 11.

169 Idem, *ibidem*, p. 11.

170 ROBBINS, Lionel. *Op. Cit.*, p. 104.

171 Ver FALGUERAS-SORAREN, Ignacio. *Op. Cit.*, nota de rodapé nº 21 da p. 24, onde se lê: “Os ‘usos’ de um meio podem ser entendidos como as diferentes maneiras nas quais ele pode ser empregado por diferentes membros da sociedade: essas maneiras podem ser objetivamente determinadas (pela técnica, como coisas) ou subjetivamente determinadas (dependendo da criatividade de quem toma a decisão, como o tempo) – a existência dos usos de um meio determinados objetivamente não impede a existência de usos determinados subjetivamente. Os “fins”, por seu turno, equivalem aos “propósitos” da ação, que são os resultados que se pretende obter – [referência suprimida].” Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “On the one hand, the “uses” of a means can be understood as the different ways in which it can be employed by the different members of society: these ways can be objectively determined (by technique, like goods) or subjectively determined (dependent on the chooser’s inventiveness, like time) – the existence of objectively determined uses of a means does not impede the existence of subjectively determined uses. On the other hand, the “ends” are equivalent to the “purpose” of action, that is, the outcome that it is intended to obtain – Mises (1996:92).”

da pessoa – como igualmente de seu “capital humano”, suas qualificações –, no caso do recurso “tempo”. Porém, essa multiplicidade também se dá por uma questão subjetiva, que é a possibilidade de um bem ser usado por diferentes pessoas, ainda que em vista um mesmo fim ou necessidade no caso de todas elas.

Nesses termos, o conceito de bem econômico é puramente formal ou analítico, pois ele não se dá a partir de alguma característica intrínseca que eles eventualmente possuam, como materialidade (tangibilidade) ou durabilidade. Eles só o são chamados assim em vista da ligação que estabelecem com a ação humana, ou melhor, em vista dos fins que os homens se propõem a satisfazer, que são suas necessidades¹⁷².

Assim, definir a economia como atividade humana referente a bens econômicos não significa um retorno a concepções classificatórias, uma vez que o conceito de bem econômico permanece analítico.

4.3. Categorias da ação econômica como modos de apropriação de bens econômicos

Agora podemos retornar a exposição das categorias econômicas de ação, descrevendo-as como modos de apropriação de bens econômicos. Com essa expressão, nós queremos dizer tanto os modos pelos quais alguém faz “aquisição” quanto a “dispensação” de um bem econômico. Nesses termos, a produção é um modo de aquisição, o consumo é um modo de dispensação, e a troca e a distribuição, por fim, são simultaneamente um modo de dispensação e de aquisição, a depender de que pólo da relação é ocupado pelo agente que se tem como referência.

Perceba-se que há modos de apropriação que dizem respeito tão simplesmente à relação entre uma pessoa e um bem econômico, como a produção e o consumo. Nós os chamaremos primários. Há outros, contudo, que dizem respeito a uma relação entre pessoas, como a distribuição e a troca. A esses chamaremos secundários, meramente em referência ao fato de que requerem sempre o envolvimento de uma segunda pessoa.

Isso nos dá, até aqui, o seguinte quadro:

172 ROBBINS, Lionel. Op. Cit., pp. 46 e 47.

Modos de apropriação	Modos de aquisição	Modos de dispensação
Modos primários	Produção	Consumo
Modos secundários	Distribuição (receber doação)	Distribuição (doar)
	Troca (vender)	Troca (comprar)

Não nos parece correto, contudo, limitar o “esquema” tão somente a essas quatro categorias. Explicadas como modos de apropriação, torna-se mais compreensível nelas incluir não somente a troca, mas inclusive outros novos, criados com desenvolvimento econômico e a complexificação social. A própria troca resulta desse processo.

Em vez de produzir seus próprios bens, as pessoas passaram a produzir para o mercado, especializando-se a produção. Isso permitiu uma nova resposta ao *como*. Agora, além da produção direta de todos os bens necessários, haveria também a possibilidade de troca da produção especializada. Mas, a nosso ver, não se encerram aqui os possíveis momentos da atividade econômica.

Aos poucos, a troca deixou de ser um fenômeno contingente, que eventualmente ocorria conforme houvesse ou não excedentes da produção isolada. Mais tarde, com o mercado já desenvolvido a níveis mundiais, ele deixou de ser privilégio de monopolistas agraciados por monarcas. Nesse contexto, para assegurar que a produção especializada efetivamente se viabilizasse, acirrou-se a concorrência pela apropriação do *poder de compra* dos consumidores, pelo espaço que garante a valorização dos investimentos dos produtores. Isso fez da concorrência um momento relativamente autônomo na atividade econômica desenvolvida através do mercado, uma nova resposta ao *como*, desdobrada do desenvolvimento das trocas. Essa autonomia da concorrência, por óbvio, só pode ser relativa, uma vez que ela mesma é apenas um instrumento para assegurar a efetiva e futura apropriação de um bem pela troca. O “bem” que ela propicia é uma determinada fatia do mercado consumidor, da qual o produtor se apropria em prejuízo dos seus concorrentes. A esse modo de apropriação chamaremos “superapropriação”, com a ressalva de que nem toda superapropriação é ilícita. Pelo contrário. Afinal, o Estado contemporâneo normalmente “quer” a concorrência, a não ser quando ela extrapole determinados limites, o que depois veremos.

Paralelamente a isso, ainda outros modos de providenciar os bens que satisfazem as necessidades humanas foram se configurando.

A princípio, a distribuição – referente ao *para quem* – é um ato gratuito, mas voluntário,

de disposição dos próprios bens: ou a pessoa os “distribui” para si mesma¹⁷³, ou generosamente os dá a outras pessoas, como seus filhos, amigos, pobres necessitados etc. Pode ser, no entanto, que alguém “substitua” a vontade do indivíduo detentor dos bens, subrogando-se em seu lugar e decidindo por ele que resposta dará à pergunta *para quem*, ocasião em que a dispensação gratuita de seus bens ocorre a despeito dele. E, nesse caso, ela pode ser juridicamente obrigatória ou não.

As expropriações são as distribuições forçadas não obrigatórias. Um dia, recorde-se, elas foram inclusive uma forma muito recorrente de providenciar a satisfação das necessidades humanas. Embora as espoliações de uma nação pela outra tenham aparentemente acabado – não se tem notícia, hoje, de povos nômades que, para sobreviverem, pratiquem o saque como estratégia econômica sistemática –, é notória a existência de roubos, furtos e fraudes nas sociedades contemporâneas, a despeito de que toda expropriação seja inequivocamente proibida pelo Direito.

Há ainda outra forma de distribuição forçada, mas dessa vez juridicamente obrigatória, que engloba aquilo que podemos chamar, provisoriamente, de “tributação”. Sabe-se que, desde as economias antigas, os súditos estavam obrigados pelo costume e pela força a transferir a seus senhores, geralmente chefes de estado, parte daquilo que produziam, e isso gratuitamente. O Estado contemporâneo, fundado noutras razões, da mesma forma impõe a seus “súditos” que lhe transfiram gratuitamente parte de seus bens, especialmente sob a forma de tributos. Quando alguém deixa de fazê-lo, não pratica exatamente uma expropriação, senão uma “reapropriação”, digamos, daquela parte de seus próprios bens que deveria ter dispensado gratuitamente e que, no caso da “reapropriação” de tributos, chamamos de “sonegação”. Ocorre que o Estado contemporâneo obriga seus cidadãos a entregarem bens gratuitamente não só na forma de tributos – entendidos em sua acepção técnica –, nem somente em benefício dele mesmo, senão também em benefício de determinados indivíduos ou coletividades, como trabalhadores, consumidores, detentores de propriedade intelectual etc., ou mesmo de sujeitos abstratos como o meio ambiente. A essa imposição de ônus diversos poderíamos chamá-la “tributação”. Mas isso confundiria o leitor, levando-o a crer que estamos nos referindo unicamente aos tributos, no sentido próprio do termo. Por conta disso, preferimos a expressão “oneração” para designar essa distribuição forçada e juridicamente obrigatória.

173 Parece estranho falar em “distribuição para si mesmo”. Mas isso faz sentido se considerarmos que a doação de um bem para si próprio é relativa à possibilidade de doá-lo à outra pessoa.

Com esse quadro em mente, temos então que os momentos que compõem a atividade econômica – compreendidos como modos de apropriação de bens econômicos – são mais amplos do que nos sugere o raciocínio inicial: incluem não só a produção, a distribuição (entendida como doação) e o consumo, como também a troca, a superapropriação concorrencial, as expropriações e as onerações. Tratam-se, assim, de novos modos de apropriação secundária que se incorporaram à atividade econômica, conforme o seguinte quadro:

Modos de apropriação	Modos de aquisição	Modos de dispensação
Modos primários	Produção	Consumo
Modos secundários	Distribuição (receber doação)	Distribuição (doar)
	Troca (vender)	Troca (comprar)
	Superapropriação (superapropriar)	Superapropriação (sofrer a superapropriação ou ser superapropriado)
	Expropriação (expropriar)	Expropriação (sofrer a expropriação ou ser expropriado)
	Oneração (onerar)	Oneração (sofrer a oneração ou ser onerado)
	Reapropriação (Reapropriar)	Reapropriação (sofrer a reapropriação ou ser reapropriado)

Nós vamos, então, analisar melhor cada uma dessas diferentes categorias de ação econômica, sobretudo com o auxílio de MUELLER, além de outros economistas. Antes, porém, algumas ressalvas devem ser registradas.

Para que fique bem claro, vale a pena insistir no seguinte: não é a produção, a troca, a distribuição etc. o que diferencia o objeto da Ciência Econômica em relação aos objetos de outras ciências. Essas categorias servem tão somente a uma diferenciação interna à a atividade

econômica.

As diferenças entre elas, por sua vez, se estabelecem conforme critérios de qualidades diversas. A primeira distinção é a que existe entre as que se pode denominar modos de apropriação primários e secundários. Os primeiros, como vimos, referem-se a uma relação entre pessoas e bens econômicos – a produção e o consumo –. Já os segundos, a uma relação de pessoas entre si, ainda que mediada por bens econômicos – a distribuição, a troca, a superapropriação, a expropriação, a oneração e a reapropriação –. O critério, portanto, é o tipo de relação: se entre pessoas e bens, ou de pessoas entre si.

Perceba-se, assim, que aqui falamos em “tipos de relação” e que isso, porque soa um tanto classificatório, pode ser contraditório com a definição analítica de economia que adotamos. Mas não o é. E isso fica claro quando consideramos a natureza analítica da categoria de “bem econômico” empregada para completar o raciocínio.

No limite, portanto, tais categorias são apenas uma subdivisão da definição analítica de atividade econômica – seja ela concebida como *atividade humana reduzida a seu aspecto econômico* ou *atividade humana com respeito aos bens econômicos* –, e não a definição ela mesma. Os critérios de diferenciação entre elas, portanto, limitam-se tão somente a elas. E esses critérios possuem, a nosso ver, algo de classificatório. Ou melhor, por vezes, estabelecem diferenças classificatórias, ainda que não seja sempre assim.

A diferença entre troca e doação, por exemplo, assim como a que existe entre modos de apropriação primários e secundários, é eminentemente classificatória: a troca é uma transferência onerosa de bens econômicos e a doação, por sua vez, uma transferência gratuita. Existe um *tipo* de comportamento, portanto, que é definido como troca e outro que é definido como doação. Mas é preciso ressaltar que esse critério, que distingue o oneroso do gratuito, já não é “puramente” econômico, senão que absorve alguma influência do Direito, que consagra obrigações distintas para cada caso. E será sempre assim na diferenciação de cada um dos modos de apropriação secundários, pois todos eles se referem a relações entre pessoas, diferenciadas conforme a especificidade dos direitos e deveres recíprocos em cada situação.

Não é o que ocorre, em parte pelo menos, na distinção entre produção e consumo. Aqui, trata-se de um critério mais analítico, digamos. Embora exista uma distinção material possível entre produção e consumo – como veremos, a produção como tudo o que aumenta a disponibilidade de um bem e o consumo como tudo o que a diminui –, ela tem utilidade limitada, porque é muito complicado delimitar quando se encerra a produção e se inicia o consumo e, assim, uma mesma situação pode ser descrita como produção e consumo

simultaneamente, tudo a depender do referencial adotado. Nessa esteira, podemos dizer que produção e consumo são categorias formais, analíticas. São a apreensão formal, pela teoria, de uma dada ação humana que, a rigor, *em si mesma*, não pode ser classificada como produção ou consumo. Nesse sentido, em inúmeras situações, o *consumo da força de trabalho*, por exemplo, pode ser descrito como *produção de uma coisa*. Já uma troca, porém, se distingue de uma doação em termos absolutos porque o seu referencial é fixo e estabelece que, ou se trata de uma doação, ou se trata de uma troca, e por definição as duas não podem coexistir¹⁷⁴.

Diferente de MUELLER, então, não podemos evitar a conclusão de que os modos de apropriação secundários, como a distribuição e a troca, entre si (e com relação aos modos primários) se distinguem também (ou em parte) de forma classificatória, e não somente analítica¹⁷⁵.

Primeiro que, para além das possibilidades de produzir o bem que se quer consumir, recebê-lo gratuitamente ou trocá-lo por um anterior, existe a possibilidade de recebê-lo gratuitamente a título de um ônus jurídico (oneração), de adquiri-lo pela expropriação e etc. Quando concebidos como modos de apropriação de bens econômicos, o que é perfeitamente razoável, os momentos da atividade econômica não se restringem à produção, à troca, à distribuição e ao consumo. E segundo que, não sendo a troca um momento necessário da atividade econômica, mas contingente, não é possível descrevê-la como *um aspecto de todo ato econômico*. Nem a distribuição, que com mais acerto se pode considerar inerente a toda

174 Não que essa distinção seja *natural*, ou que os comportamentos sejam *essencialmente* ou *em si* distintos num caso e no outro. Marcel Mauss, no Ensaio sobre o Dádiva [Ensaio sobre a Dádiva: Forma e Razão da Troca nas Sociedades Arcaicas, 2ª Parte. In Ver MAUSS, Marcel. Sociologia e Antropologia. 2ª Ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Casac Naify, 2007, pp. 183 e ss.], demonstra que primitivamente a troca e a doação coexistiam numa única operação: quando uma tribo “doava” um bem a outra, essa se obrigava a “retribuir” o presente, inclusive com algo que se pudesse estimar de maior valor do que o do bem recebido. A primeira tribo, contudo, se obrigava a “re-retribuir” o presente, numa terceira operação, que então se repetiria indefinidamente. Como se pode ver desde já, não é possível classificar essa operação nem como troca, nem como doação, como as conhecemos hoje. Eis que, apesar de se tratar de um presente, ele devia ser retribuído, o que o distancia de uma doação. Porém, sua retribuição ocorria por intermédio de um bem cujo valor se estimasse, claramente, mais alto que o primeiro, o que então nos impede de descrever essa operação como troca. Como ficará claro, essa distinção é artificial e tem muita influência do Direito, que para regular os comportamentos humanos, tende a seccioná-los em classes distintas.

175 MUELLER, John D. Redeeming economics: rediscovering the missing element. ISI Books, Wilmington, 2010, p. 18. Traduzido livremente pelo autor. Texto original: “That’s the usual order in action, but not in planning. Thomas Aquinas realized that rather than four *different* acts, these verbs actually constitute four essential aspects of *every* economic act. Whether I want to consume something (after, in effect, making it a “gift” to myself) or give it to someone else to consume, I must first produce it or else produce something else and exchange it for the item I wish to use or give away. (...) Recall my suggestion in the introduction to this book that *economics is essentially a theory of providence*. Every human economic action raises three basic questions: First, *for whom* shall I provide? Second, *what* shall I provide? And third, *how* shall I provide it? Any adequate economic theory must answers these three questions. This will require either three or four answers, depending on whether exchange is involved.”

atividade econômica, é exatamente um aspecto dela, pois é inconfundível com a produção e o consumo.

Também MISES quer propor a troca como categoria analítica, ao basear toda a sua teoria nela, fundando assim o que chama de “praxeologia”. Diz ele que toda ação humana, inclusive fora do mercado (que ele denomina por “catallactics”), pode ser descrita como a troca de *uma situação desagradável por outra mais agradável*¹⁷⁶. Mas isso, que não invalida um conceito mais restrito de troca, foge completamente aos nossos propósitos de diferenciar internamente a atividade econômica.

A distinção mais rígida que vemos descreve determinados comportamentos humanos como sendo, por definição, típicos da atividade econômica. É o caso da troca, por exemplo. Mas isso de modo algum quer dizer, entretanto, que sejam esses comportamentos que distingam a ação econômica do objeto de outras ciências. Eles servem apenas a uma distinção interna à atividade econômica, já definida conforme outro critério, esse sim analítico.

Essa divisão mais rígida não é uma autorização para perder de vista a realidade complexa que é observada pela Ciência Econômica. É complexa porque, eventualmente, tais momentos (distintos em teoria) na prática podem se sobrepor ou se imiscuir, embora não venham a se confundir – a não ser a produção e consumo que, como já anotamos, eventualmente se confundem –. Ademais, quando integrados, todos esses momentos econômicos conformam um circuito, uma rede, um ciclo de ciclos, sem um fim previsível, portanto, e em cujo percurso pode haver repetições. E é de se ressaltar, por fim, que uma vez que nosso propósito é uma reflexão que aproveite ao jurista e considere sua bagagem própria, será fundamental incluir naquele “esquema” considerações eminentemente jurídicas, como ademais se revelará inerente a sua própria construção enquanto “esquema”.

176 MISES, Ludiwig von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4ª Ed. Revista. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996. Disponível em <http://mises.org/books/humanaction.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2014. Quanto à praxeologia, ver pp. 97 e ss.; e quanto à descrição ação como troca, ver p. 232

Capítulo 5. Gêneros econômicos de crimes

Nosso recurso à literatura econômica demonstrou-nos que as concepções de economia pressupostas na dogmática penal são equivocadas porque desconsideram a natureza analítica do fenômeno econômico. A economia, assim, não é um tipo de ação humana, senão um aspecto da ação. É esse o equívoco fundamental que leva a doutrina a limitar a intervenção penal econômica a uma parte determinada do Direito Penal, que é o Direito Penal Econômico.

Entretanto, de acordo com uma concepção analítica de economia, podemos concluir que o adjetivo “econômico” não é privilégio de um tipo particular de crime, mas um aspecto de todos os crimes. Por isso, todo o Direito Penal deve ser compreendido como instrumento de intervenção penal econômica, e não apenas uma parte sua.

Agora, importa-nos operacionalizar essa conclusão, demonstrando como crimes geralmente privados do adjetivo “econômico”, na verdade, também são econômicos. Com esse objetivo, nós empregaremos as categorias econômicas de ação para diferenciar tipos ou gêneros de intervenção penal econômica. Uma vez que o termo “tipo” já é empregado na expressão “tipos de crime”, que também usaremos, nós preferimos falar em gêneros econômicos de crime. Assim, esperamos demonstrar que, apesar das diferenças entre cada um desses gêneros, todos eles são igualmente econômicos de uma perspectiva analítica.

Os diferentes gêneros econômicos de crime se distinguem conforme se referam, mais ou menos, a uma ou outra categoria da ação econômica: há o que se refere à produção e ao consumo, outro que se refere à expropriação, outro à distribuição etc.

Para compreender cada um desses gêneros, bem como sua relação a cada uma das categorias econômicas de ação, será necessário distinguir entre a *ilicitude criminal das condutas* punidas pelo Direito Penal e a *ilicitude criminal dos bens econômicos* que delas resultam. Certamente, não se trata da mesma coisa.

5.1. Ilicitude criminal de bens e ilicitude criminal de condutas

5.1.1. A ilicitude de bens: o conceito de *produto de crime* como critério

A própria dogmática penal nos permite intuir a distinção entre a ilicitude de bens, de um lado, e a ilicitude de condutas, de outro. Isso ocorre quanto trata de identificar o que são os *produtos, objetos materiais e instrumentos* de um crime.

As hipóteses em que um bem pode ser ilícito do ponto de vista penal consistem três situações distintas. Ou o bem é o *objeto material do delito*, ou é *instrumento do crime* ou é *produto de crime*. A distinção nos é fornecida, embora não de maneira imediata, pela dogmática penal, que estabelece a conceituação doutrinária de cada situação específica.

O *objeto material* é a coisa (ou pessoa) sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo (agente do delito): como a pessoa na lesão corporal, a coisa no roubo, o documento na falsificação. Distinguir-se-ia do objeto jurídico do crime, que seria o bem ou interesse que a norma penal protege: a vida, o patrimônio, a fé pública.

O artigo 91, II do CP¹⁷⁷ conceitua o que é *instrumento* e o que é *produto* do crime. *Instrumento* é o objeto empregado pelo agente na realização do crime, cujo “fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”. Por exemplo: a máquina de cunhar moeda falsa e o documento falso. O *produto* é, conforme ROBERTO LYRA¹⁷⁸, o objeto adquirido “diretamente com o delito (coisa roubada), ou mediante sucessiva especificação (jóia feita com o ouro roubado)”, ou conseguido “mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado)”, ou criado “com o crime (moeda falsa)”.

Uma vez que todo *instrumento do crime*, para ser considerado como tal, deve constituir coisa cujo “fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”, pode-se concluir que todo *instrumento de crime* é *produto* de outro crime, na medida em que é coisa criada por meio dele. E é também *objeto material* desse outro crime, em que o *instrumento* é a coisa sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo. Nesse sentido, ilustrativamente, veja-se que os exemplos de instrumentos de crime dados acima são produtos e objeto material de outro crime: a máquina de cunhar moeda falsa é *produto* e *objeto material* do crime previsto no artigo 291 do Código Penal e o documento falso, por seu turno, *produto* e *objeto material* dos crimes dos artigos 296 e seguintes do Código. Desse modo, os bens ilícitos podem ser resumidos aos conceitos de *objeto material* ou de *produto do crime*, que absorvem o conceito de *instrumento do crime*.

Não raro também os conceitos de *objeto* e *produto* se confundem. A coisa roubada, por exemplo, é *objeto material* e é ainda o *produto do crime*, na medida em que foi adquirida diretamente com a sua prática. A diferença consiste em que todos os *produtos de*

177 Código Penal. Art. 91. São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

178 LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Vol. 2. São Paulo: Forense, 1958, p. 553.

crime, aí incluindo os *instrumentos de crime*, estão sujeitos à pena de perdimento, conforme o artigo 91 do Código Penal, mas nem todos os *objetos materiais* de crime, a não ser aqueles que com a noção de *produto de crime* se confundam, estão sujeitos à pena de perdimento. Basta lembrar o caso do homicídio, em que o *objeto material* do crime é o homem vivo.

A pena de perdimento de bens, que é um efeito da condenação criminal, priva o agente dos bens de que se apropriou com a prática do crime. Tais bens podem ser resumidos à noção de *produtos do crime*, que contém apenas parte dos possíveis *objetos materiais* de delito, nem sempre passíveis de apropriação (como a pessoa no homicídio) e, portanto, de perdimento. Assim, para definir a ilicitude criminal dos bens, interessa-nos a definição de *produto do crime*, que pode ou não se confundir com a definição de *objeto material*.

A única correção que devemos acrescentar, em vista de nossa hipótese, é que o *produto do crime* em situações análogas ao do homicídio não seria exatamente a pessoa, mas o bem intangível, um “serviço” de homicídio, que se esvai imediatamente com a sua produção, como característico dos bens definidos como serviços. Por serem intangíveis, isso os torna insuscetíveis ao perdimento. Mas são igualmente o *produto do crime*. Imagine-se, por exemplo, o caso de alguém que comete um homicídio com promessa de recompensa e a recebe. Como vimos, o *produto do crime* é a coisa criada com o delito e, entre outras possibilidades, é também o que se obtém com a alienação do *produto do crime*. Se aceitássemos a definição proposta pela dogmática, o produto do crime nessa situação, a recompensa, restaria inexplicado enquanto *produto de crime*. Nessa linha, é incorreto restringir os bens *produtos de crime* a coisas materiais. Eles podem igualmente consistirem em serviços. Seria esse o caso, também, do médico que pratica o serviço de aborto, conduta hipoteticamente descrita no art. 126 do CP, ou da “cafetinagem”, quando alguém agencia a prostituição de terceiro, nos termos do art. 228 do CP.

Empregado com essa correção, o conceito de *produto do crime* adequa-se perfeitamente para explicar o que é a ilicitude criminal de bens econômicos, isto é, os recursos escassos que admitem usos alternativos e que resultam da criminalização de determinada conduta.

5.1.2. Ilicitude de condutas: *ilícitos-de-repressão* e *ilícitos-de-exclusão*

Outra coisa, porém, é a ilicitude criminal de condutas. E elas são de dois tipos distintos. Um deles diz respeito a condutas que, embora consistam nalguma forma de apropriação de

bens econômicos ilícitos, não são criminalizadas no sentido técnico. E o outro diz respeito a condutas que são criminalizadas no sentido técnico e que explicam, aliás, aquele primeiro tipo de ilicitude, a dos bens econômicos.

No primeiro sentido, a ilicitude criminal quer dizer algo mais amplo do que o ilícito criminal propriamente dito, que em sua acepção técnica mais aceita é definido como fato típico, antijurídico e culpável. Esse é o segundo sentido. A conduta humana que se enquadre nesse conceito de ilícito criminal é a que será sancionada com penas privativas de liberdade e/ou outras. A essa ilicitude criminal denominaremos *ilicitude-de-repressão*.

Àquela outra mais ampla, por sua vez, chamaremos *ilicitude-de-exclusão*. Ela se refere a uma consequência implícita na *ilicitude-de-repressão*. O crime de tráfico de drogas, por exemplo, mais do que *prover* o comerciante com uma pena, também o *priva* de vantagens gozadas por atividades permitidas, como acesso à Justiça para resolver eventuais controvérsias. Não se pode conceber, por exemplo, que o varejista da droga obtenha contra o atacadista a determinação judicial para que ele cumpra um contrato de fornecimento contínuo de drogas. Então, mais do que *prover* o agente com algo, que é a pena, o *ilícito-de-repressão* o *priva* de algo, que são as vantagens gozadas por quem exerce uma atividade lícita. *Repressão* e *exclusão*, portanto, são dois aspectos da criminalização no sentido técnico: a *repressão* o seu aspecto positivo, a *exclusão* o seu aspecto negativo.

Pode ser, contudo, que atividades não criminalizadas, no sentido da *ilicitude-de-repressão*, o sejam na forma da *ilicitude-de-exclusão*. E isso ocorre como efeito implícito da criminalização (*repressão*) de certas atividades. Consumir os serviços prestados por um agenciador da prostituição de terceiros, por exemplo, é uma atividade que pode ser descrita como ilícita apenas no sentido de *exclusão*. O que é *reprimido*, nesse caso, é a atividade de quem explora ou agencia o serviço de prostituição – o rufião, a casa de prostituição etc., conforme arts. 228 e ss. do CP –. Será também esse o caso, por exemplo, sempre que um país descriminalize o consumo de alguma droga sem, contudo, abrir mão da criminalização (*repressão*) da sua produção.

Já se pode ver, então, que a *ilicitude-de-exclusão* é mais abrangente do que a de *repressão*, da qual decorre. E isso porque toda *repressão* implica *exclusão*, mas não o contrário.

O Direito Penal não define diretamente a *exclusão* de atividades. Quando se refere a alguma conduta, ele estabelece as que serão *reprimidas*, com o fim de cumprir o princípio da tipicidade e viabilizar a punição com penas privativas de liberdade e/ou outras. Por dedução,

no entanto, podemos verificar as atividades que, embora não sejam *reprimidas*, estejam *excluídas*. Da análise do tipo de contrabando (art. 334 do CP), por exemplo, conclui-se que não existe pena para o consumo de bens contrabandeados. Isso não quer dizer, todavia, que essa atividade seja lícita, a ponto de que um consumidor possa, por exemplo, obter na Justiça a determinação de que se faça a entrega cigarros contrabandeados já pagos. O mecanismo de dedução empregado consiste em verificar se a atividade se refere a um bem ilícito, isto é, se ele pode ser descrito como *produto de crime*. Será assim se ele for o resultado, uma coisa ou serviço, de uma atividade *reprimida*, como é o caso da *fabricação* de drogas, da “*produção*” do homicídio, da *importação* de cigarros em desacordo com as normas sanitárias nacionais (o contrabando de cigarros). Se sim, qualquer atividade posterior referente a esse bem será ilícita ao menos no sentido de *exclusão*, ainda que não necessariamente no sentido de *repressão*¹⁷⁹.

5.1.3. A ilicitude de bens como referência abreviada à *ilicitude-de-exclusão* de condutas

Assim como os bens econômicos não são econômicos por si só, os bens ilícitos não são ilícitos em si mesmos. Eles o são sempre em relação à determinada conduta humana. Afinal, não são os bens que sofrem qualquer punição. São as pessoas que as sofrem, sejam elas punições de *repressão* ou de apenas *exclusão*, em razão do exercício de determinada atividade, essa sim sujeita ao binômio licitude/ilicitude.

Nesse sentido, depois de diferenciarmos as ilicitudes de conduta das ilicitudes de bens, devemos reconduzir essas últimas a um tipo ou outro daquelas. Na verdade, trata-se apenas de sintetizar algo que já ficou implícito.

Por um lado, a ilicitude *originária* de bens se define a partir da *ilicitude-de-repressão* de determinadas condutas. Por exemplo: a ilicitude das drogas, a partir da criminalização (*repressão*) desde a sua criação ou produção; a ilicitude de bens em geral que sejam roubados ou furtados, desde o momento em que tais crimes de expropriação se consumam; a de moedas

179 Por uma exigência da dogmática penal, entretanto, a ilicitude dessas atividades posteriores, seja no sentido de *exclusão* e tanto mais no de *repressão*, depende de que o agente da atividade saiba que o bem em questão é *produto de crime*, de modo a se evitar a punição de quem ignora a origem ilícita do bem. Os critérios para averiguar se a pessoa “sabe” ou não dessa origem ilícita serão menos rigorosos conforme o bem em questão possua um equivalente lícito – como no caso de moedas falsas, em relação ao dinheiro oficial – e mais rigorosos se o bem possui não possui esse equivalente – como no caso das drogas –. Do mesmo modo, o alcance da expressão “qualquer atividade posterior” obviamente não atinge as atividades estatais que buscam reverter o bem a sua origem lícita, se isso for possível – como no caso de bens roubados restituídos a seus proprietários –, ou destruí-los, se não for possível – como no caso da incineração de drogas –. Isso tudo, porém, nós veremos num estudo futuro, não nesta pesquisa.

falsas, desde o momento em que são cunhadas; a ilicitude do homicídio, desde o momento em que esse serviço é “produzido”; a ilicitude de cigarros estrangeiros em desacordo com normas sanitárias nacionais, desde o momento em que são importados.

Por outro lado, uma vez feito ilícitos, a ilicitude *remanescente* de um bem não implica necessariamente na *ilicitude-de-repressão* das condutas posteriores que a ele se refiram. Mas implicam, ao menos, em sua *ilicitude-de-exclusão*, como nos exemplos anteriores do consumo de bens contrabandeados ou do consumo dos serviços de “cafetinagem”, que não são ilícitos no sentido de *repressão*, embora o sejam no de *exclusão*. Nesse sentido, o conceito de ilicitude de bens econômicos, embora não passe de uma ficção, serve-nos para fazer referência à *ilicitude-de-exclusão* a que estão sujeitas determinadas condutas.

Com isso, deve ficar claro que quando dizemos que bem é ilícito estamos a dizer, tão somente, que as condutas a ele referentes são ilícitas no sentido de *exclusão*, e não que sejam necessariamente objeto de criminalização no sentido técnico, que nós definimos como *repressão*. Para o ser também nesse sentido, deve atender aos critérios dogmáticos de definição de um crime. A definição típica do crime de tráfico, constante no arts. 33 e ss. da Lei de Drogas, é um exemplo do esforço do legislador em tentar criminalizar, no sentido de *repressão*, toda a cadeia de apropriação dos bens tidos como drogas: produzir, vender, guardar, transportar, fornecer gratuitamente e outros treze verbos. Mas não está excluída, *a priori*, que determinada conduta relativa ao bem econômico “droga” – bem ilícito, uma vez pode ser descrito como *produto de crime* – seja ilícito apenas no sentido de *exclusão*.

5.2. O critério determinante dos gêneros econômicos de crime

5.2.1. Condutas típicas descritas como modos de apropriação de bens econômicos

Enquanto reduzidas ao seu aspecto econômico, qualquer das condutas tipificadas como crime na legislação penal positiva pode ser descrita como atividade econômica. E, essa, por seu turno, pode ser analisada conforme categorias econômicas da ação, que são os momentos ou modos de apropriação de bens econômicos. Consoante a isso, cada conduta descrita no tipo penal pode ser relacionada a uma ou outra daquelas categorias.

Mas nem toda conduta típica nos interessa para determinar o gênero econômico de crime. Com esse fim, a conduta que importa destacar e relacionar a uma categoria econômica da ação é tão somente aquela que precipita a ilegalidade *originária* de um bem econômico: a

plantação ou fabricação da droga, o roubo de um bem, a “produção” do homicídio, a importação de bens proibidos no território nacional (contrabando) etc. São as condutas responsáveis pelo surgimento da ilegalidade de um bem as que nos interessam. São elas que importarão para determinar o gênero econômico a que pertence determinado crime.

Tais condutas, como vimos, estão sujeitas à *ilicitude-de-repressão*, a criminalização no sentido técnico. Delas resultam bens ilícitos como *produto do crime*, como resultado da conduta *reprimida*, que pode ser uma coisa material ou um serviço, um bem intangível. A determinação do gênero se dará, então, a partir da categoria econômica apta a descrever essa conduta que precipita a ilegalidade *inicial* de um bem econômico. Noutras palavras, se dá a partir da categoria econômica capaz de descrever a conduta sujeita à *ilicitude-de-repressão* que explica porque um bem aparece, *originariamente*, como *produto de crime*.

Se a ilegalidade de um bem se dá desde o momento de sua produção, então teremos um gênero econômico de crimes, que chamaremos “regulatórios”. Se se dá a partir da expropriação, teremos outro gênero, que chamaremos “negociais”. Se se dá a partir da reapropriação, chamaremos “distributivos”. O emprego de tais termos se dá por razões que logo abordaremos.

Perceba-se que há bens que são ilícitos desde a sua produção, como as drogas. A troca ou a doação de drogas também são criminalizadas (reprimidas). Mas não são elas que importam para a existência *originária* das drogas como *produto de crime*. Como a sua proibição visa justamente coibir que elas venham a existir, as drogas são ilícitas desde os atos que as tragam à existência. Nesse sentido, a sua criação ou produção é o modo de apropriação que descreve as condutas que explicam sua *ilicitude originária*.

Porém, há outros bens cuja produção é lícita e que só virão a ser ilícitos, se de fato o vierem a ser, depois de passado esse primeiro estágio da atividade econômica. É o caso, por exemplo, dos ilícitos de expropriação – o roubo, o furto, o estelionato etc. –. Como requisito necessário, a produção dos bens “expropriáveis” deve ser lícita, porque o Direito não tutela a expropriação de bens cuja produção é ilícita. Por exemplo: não se pode conceber o furto de drogas, ou o roubo de drogas, assim como é impossível obter sentença judicial que determine o cumprimento de um contrato de fornecimento de drogas. Contudo, se a produção do bem é lícita, então ele passível de ser expropriado.

Nesse caso de roubos e furtos será a *ilicitude-de-repressão* dessas expropriações que originará a *ilicitude* do bem roubado ou furtado, determinando ao menos a *ilicitude-de-exclusão* das subsequentes condutas, descritas agora em termos de modos de apropriação

desse bem econômico tornado ilícito. Pode ser, por exemplo, que a partir do bem roubado ou furtado, se obtenha outros bens pela produção, como ocorre na sucessiva especificação de um bem – v.g. a jóia derretida –, ou pela troca – v.g. a venda do bem roubado ou furtado –. Pode ser também que esses bens expropriados sejam doados ou consumidos diretamente pelo agente da expropriação. Em todo caso, só se pode afirmar com certeza que esses modos de apropriação subseqüentes (do bem expropriado) serão ilícitos no sentido de *exclusão*. Para o serem também sujeitos à *ilicitude-de-repressão*, devem atender às exigências dogmático-penais específicas¹⁸⁰.

Note-se que, igualmente, todos os demais gêneros econômicos de crime pressupõe que a produção do bem econômico ao qual se refiram seja lícita. No caso dos crimes distributivos, por exemplo, em que o Estado exige a entrega forçada de determinado bem específico em favor de uma segunda pessoa – ele mesmo, um particular ou uma coletividade difusa –, é um requisito básico que esse bem, considerado em sua natureza específica, tenha a sua produção lícita. O Estado não exige, por exemplo, que alguém distribua drogas. Normalmente o Estado exige que se entregue uma determinada soma de dinheiro a alguém, como exige que se entregue dinheiro a ele mesmo, a título de tributo. Um bem que, ao menos em tese, considerado em sua natureza específica, tem a sua produção lícita.

Em síntese, a fim de determinar o gênero econômico de um tipo de crime, a primeira coisa a se indagar é *a que bem o tipo de crime se refere*. Em seguida, indaga-se *por meio de que conduta esse bem pode vir a ser ilícito originariamente* naquele tipo de crime. E, enfim, verifica-se *a que categoria econômica da ação essa conduta pode ser remetida*. A depender dessa resposta, chegaremos a um dos quatro gêneros econômicos de crime.

5.2.2. A identificação dos bens econômicos nos tipos de crime

Os que vimos acima são os três critérios para determinar a que gênero um tipo de crime pertence. O primeiro deles, diz respeito à identificação dos bens.

Bem econômico, já vimos, é toda coisa ou serviço que, primeiro, satisfaça uma necessidade humana, moral ou imoral, real ou imaginária e, segundo, exista em quantidade escassa e tenha usos alternativos.

180 Ver nota de rodapé anterior.

Não é difícil identificar um bem econômico num determinado tipo de crime quando ele consiste numa coisa material. O difícil é identificá-lo quando se trata de um bem intangível, um serviço. Nesse caso, a atividade definida como crime praticamente se confunde com o bem econômico que se pode identificar. No homicídio (art. 121, *caput*, do CP), por exemplo, o *produto do crime* é um serviço, que só se materializa nalguma coisa se o crime é cometido mediante promessa de recompensa (art. 121, § 2º, I do CP), essa recompensa sendo material, como o dinheiro.

Quando se pode conceber um mercado relativo a determinado bem descrito em um tipo de crime, ainda que o bem seja um serviço, não será tão complicado identificá-lo. O aborto (art. 124 do CP), por exemplo, pode ser obtido num mercado de serviços médicos de aborto, hipótese contida no art. 126 do CP. Quando se concebe, então, que o bem possa assumir a forma de “mercadoria”, mesmo que se mude de um tipo de crime para outro análogo ou mesmo para uma hipótese não criminalizada (*reprimida*), é mais fácil identificá-lo. No entanto, não será sempre possível conceber um mercado para todo e qualquer bem econômico descrito na lei penal. Isso dificulta a tarefa de identificá-lo, mas não a impede. Como veremos nalguns exemplos¹⁸¹, a própria conduta é o serviço a ser identificado.

Existem ainda outros pontos importantes a considerar para identificar um bem econômico ilícito na lei penal. O primeiro deles é a possibilidade de a lei penal se referir tão somente a uma *utilidade concreta* de um bem. O segundo é a possibilidade de se referir a um grupo, gênero ou classe de bens. E um terceiro e último ponto importante, enfim, diz respeito à possibilidade de se referir a bens econômicos em geral, sem referência a qualquer bem de natureza específica.

Quanto ao primeiro ponto, vale recordar que o conceito de *utilidade* refere-se à capacidade que um bem econômico tem para satisfazer uma necessidade (um fim). É o “serviço” que o bem presta a quem dele usufrui com vistas a satisfazer uma necessidade sua.

Um bem determinado pode possuir, e normalmente possui, aptidão para satisfazer mais de uma necessidade ou fim. Por exemplo. Além de ser possível empregar o feijão como alimento, é possível também empregá-lo como insumo na produção agrícola de mais feijões. A cada uma dessas aptidões particulares se pode chamar *utilidade concreta*. Acrescentando o termo *concreta*, queremos fazer referência não meramente à utilidade enquanto capacidade de satisfazer necessidades *em geral*, mas a uma necessidade ou fim *em específico*. E isso porque,

181 Ver o Tópico 6.1.2., onde constam exemplos de variados serviços descritos em tipos de crime.

quando a lei penal fala de um bem determinado, é preciso atentar se ela por acaso se refere a uma *utilidade concreta* em específico. Se a lei quer abranger todas as utilidades concretas de um bem, ela se refere simplesmente a ele. É o caso, por exemplo, da ilicitude da maconha, bem ilícito desde a sua produção, nos termos do art. 33 da Lei de Drogas e conforme sua inclusão no Anexo I da Portaria SVS/MS nº 344, de 12/05/1998 – que contém o rol de substâncias definidas como drogas, segundo o art. 66 da Lei de Drogas –. Todas as *utilidades concretas* da maconha a princípio são proibidas. No entanto, a lei em tese permite que, sob determinadas condições bastante rigorosas, ela possa ser empregada no estudo científico, por exemplo – art. 2º, parágrafo único da Lei de Drogas. Esse emprego particular, essa *utilidade concreta*, portanto, pode vir a ser permitida. Pode-se autorizar, assim, alguma forma de apropriação desse bem, como a produção de maconha ou o recebimento gratuito de certa quantidade apreendida pelo Estado, desde que o seu consumo seja feito em vista daquele emprego específico de estudos científicos.

A lei penal também pode se referir a um grupo, gênero ou classe de bens econômicos, como “medicamentos” e “alimentos”, por exemplo. A lei penal criminaliza (*reprime*) a produção de medicamentos se feita em desacordo com as normas sanitárias ou sem autorização sanitária (art. 237, §1º-B). Nesse caso, a lei se refere a todo um conjunto de bens abrangidos sob a denominação genérica de medicamentos, cujo um item ou bem específico só terá sua produção permitida se previamente autorizada pela autoridade sanitária.

A depender de a lei penal se referir a um gênero de crimes, em vez de a um item desse gênero em particular, ou de ela se referir a um bem e assim a todas as suas *utilidades concretas*, em vez de a uma *utilidade concreta* em particular, a famosa assunção de que a permissão é a regra e proibição é a exceção se inverte: a regra é a proibição do gênero de bens e a proibição de um bem englobando todas as suas *utilidades concretas*; a exceção é a permissão de um item específico daquele gênero ou a permissão do emprego de uma daquelas *utilidades concretas* em particular.

E, por último, a lei pode se referir a bens em geral, sem qualquer referência a sua natureza específica. De um lado, por exemplo, faz-se referência a bens específicos, como “drogas” e “medicamentos” nos tipos de crime citados acima. Por outro, no entanto, a lei penal faz referência a bens genéricos, como “coisa alheia móvel”, nos crimes de furto e roubo – arts. 155 e 157 do CP –, ou “vantagem”, nos crimes de extorsão e estelionato – arts. 158 e 171 do CP –.

Como veremos melhor, a referência a bens específicos é típica de crimes regulatórios e distributivos. Já a referência a bens genéricos é particular de crimes de expropriação e concorrência.

5.2.3. Os quatro gêneros de crime

Para determinar o gênero econômico de um tipo de crime, já vimos, além de verificar *a que bem o tipo de crime se refere*, deve-se indagar *por meio de que conduta esse bem pode vir a ser ilícito originariamente* naquele tipo de crime e, então, verifica-se *a que categoria econômica da ação essa conduta pode ser remetida*.

Nós vimos que as categorias da ação econômica são ao menos oito, quando concebidas como modos de apropriação de bens econômicos. Para nossos fins, entretanto, resumiremos todas elas a quatro gêneros econômicos de crimes.

No primeiro gênero, que é o dos crimes “regulatórios”, estão inclusos os tipos de crime em que a conduta que precipita a ilicitude originária de um bem econômico pode ser descrita como produção.

A rigor, o termo “regulatório” – derivado do verbo “regular” – seria apropriado para descrever a intervenção penal econômica realizada em todos os gêneros econômicos de crime. Mas por ser aqui que essa intervenção é mais grave e radical, atingindo o momento inicial da “vida” de um bem econômico, nós reservamos para ela o termo. A isso, que designa um modo particular de intervenção penal, acoplam-se inúmeros princípios menores que, num caso em particular, justificam a criminalização de determinada conduta. O aborto, por exemplo, é proibido com base na proteção da expectativa de vida dos fetos e embriões humanos. O agenciamento da prostituição, com fundamento na proteção da liberdade sexual. E assim por diante.

No segundo gênero, que chamaremos “distributivos”, estão inclusos os tipos de crime em que a conduta que precipita a ilicitude originária de um bem econômico pode ser descrita como reapropriação. Esse gênero designa a intervenção penal econômica empregada para assegurar que determinados bens específicos, pertencentes a uma pessoa, sejam efetivamente “doados” a uma segunda pessoa, seja ela o Estado, um particular, como trabalhadores e detentores da propriedade intelectual, ou uma coletividade difusa, como o meio ambiente.

Como nos crimes regulatórios, para cada crime distributivo existirá uma justificativa em particular: a sustentação imprescindível da máquina administrativa do Estado por meio de

tributos; a proteção dos trabalhadores dos meios de um preço mínimo para os salários; o estímulo a quem investe em inovação tecnológica por meio da sua remuneração com royalties da propriedade intelectual; a proteção das futuras gerações, conservando-se o meio ambiente natural por meio da imposição de alguns ônus às gerações presentes, como a obrigação de tratar resíduos da indústria.

Desse modo, esse gênero econômico de crimes partilha da mesma capilaridade dos crimes regulatórios. Apesar disso, o que se quer por meio deles não é controlar o que pode ou não ser produzido, o que designamos como atividade regulatória do Estado. Aqui se trata de obrigar que se faça a “doação” de um bem cuja produção é permitida e que, portanto, já “superou” o controle regulatório. A justificativa ou objetivo da intervenção penal se realiza, então, por meio da obrigação de transferir gratuitamente um bem, não de se abster da sua apropriação.

Esse modo de apropriação, denominado reapropriação, é a negação direta de outro, que são as onerações. Essas, de outra forma, são a negação de dois outros modos de apropriação: as trocas e as doações. É assim justamente porque as “doações” impostas pelo Estado decorrem da sua autoridade para negar a autonomia do indivíduo quanto a decidir se doa ou não os seus bens, se os troca ou não. São “doações políticas”, portanto, que nós chamamos onerações e que se diferenciam das doações propriamente ditas, que são voluntárias, individuais. É em referência à violação dessas regras de “doação política” que nós chamaremos tais crimes de “distributivos”.

No terceiro gênero econômico de crimes, que chamaremos “negociais”, estão inclusos os tipos de crime em que a conduta que precipita a ilicitude originária de um bem econômico pode ser descrita como expropriação, a exemplo de furtos, roubos e estelionatos. Como as onerações, as expropriações são a negação da liberdade individual de troca e doação de bens econômicos. Diferente delas, no entanto, essa negação não é autorizada pelo Estado, constituindo propriamente numa negação da “liberdade negocial”, termo que nos remete a teoria do negócio jurídico no Direito Civil, calcada na autonomia da vontade e liberdade individuais. As expropriações levam esse nome, então, porque são uma redução juridicamente não autorizada da propriedade individual.

E, enfim, no quarto gênero econômico de crimes, que chamaremos “concorrenciais”, estão inclusos os tipos de crime em que a conduta que precipita a ilicitude originária de um bem econômico pode ser descrita como superapropriação, que por enquanto pode ser grossamente entendida como qualquer ganho concorrencial injusto: a aquisição de parcela do

mercado consumidor, em detrimento de outro concorrente, mediante a violação de regras concorrenciais.

Falamos em superapropriação porque, com a adição do prefixo *super* a palavra apropriação, queremos indicar um excesso de lucro ou de uso dos mecanismos concorrenciais, que se obtém ou com o qual se perpetra a violação das regras concorrenciais.

Nem todo ganho concorrencial é ilegítimo do ponto de vista jurídico. A maioria deles, aliás, é desejado e estimulado pelo Estado, que se limita a intervir tão somente quando extrapole certos limites, que analisaremos mais tarde. São exemplos de crimes concorrenciais os de concorrência desleal (arts. 195 e ss. da Lei nº 9.279/96) e de cartel (art. 4º, II da Lei nº 8.137/90 e art. 90 da Lei nº 8.666/93).

Perceba-se que nesses dois últimos gêneros econômicos de crime – os de expropriação e os concorrenciais –, os bens expropriados ou superapropriados serão sempre bens genéricos, diversamente do que ocorre nos dois primeiros gêneros – os regulatórios e distributivos –, em que os bens serão sempre específicos. É que no caso desses crimes, importa a natureza específica do bem para avaliar se a sua produção será criminalizada (*reprimida*) ou não, ou se ele servirá ao beneficiário da distribuição forçada, o ônus imposto pelo Estado cuja violação denominamos reapropriação. Já no caso dos crimes concorrenciais e de expropriação, o bem é sempre genérico. Qualquer que seja a sua natureza, basta que ela não determine a criminalização (*repressão*) da produção desse bem. E não poderia ser diferente, afinal o Estado não tutela a propriedade de bens frutos de crimes regulatórios, nem a concorrência em mercados cujo objeto sejam esses bens. É inconcebível imaginar o furto de drogas, ao menos para efeitos jurídicos. E é essencialmente porque o Estado não tutela a concorrência em mercados ilegais que as disputas relacionadas a ela são resolvidas com violência.

Para finalizar esse quadro introdutório, antes de passarmos a análise de cada gênero econômico, vale ressaltar mais uma vez que a definição deles se dá conforme a categoria econômica de ação que pode ser utilizada para descrever a conduta que, criminalizada (*reprimida*) num tipo de crime em particular, precipita a ilicitude *originária* do bem econômico referido nesse crime.

Capítulo 6. O controle penal de bens específicos

6.1. Crimes regulatórios

O primeiro gênero econômico que importa definir é esse, que é o mais abrangente de todos. Já vimos a sua definição como aqueles tipos de crime em cuja descrição está contida uma conduta de produção que precipita a ilicitude originária de um bem econômico.

Incluem, por exemplo, crimes relacionados às drogas (arts. 33 ss. Da Lei de drogas, nº 11.343/2006), ao homicídio (art. 121 do CP), ao aborto (arts. 124 e ss. do CP), aos medicamentos não autorizados (art. 273, § 1º-B do CP), aos bens objetos de monopólio estatal, como os minérios nucleares (arts. 20 e ss. da Lei nº 6.453/77), aos órgãos humanos (arts. 14 e ss. da Lei 9.434/97), às armas de fogo (arts. 12 e ss. da Lei nº 10.826/2003) – sejam as de uso restrito ou as de uso permitido, mas condicionado –, a determinados espécimes da fauna e flora nativas (arts. 29 e ss. e 38 e ss. da Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605/98), entre tantos outros incontáveis bens específicos submetidos ao controle penal.

Denominamo-los crimes “regulatórios” em referência ao fato de que manifestam a autoridade do Estado para decidir, em lugar das pessoas, o que pode ou não ser objeto de produção. Esse “princípio regulatório” exerce-se, na realidade, com o auxílio de uma quantidade enorme de princípios específicos conforme o Estado justifique a criminalização (*repressão*) da produção de um bem em particular, seja uma coisa ou um serviço. Por exemplo, proíbe as drogas com base na proteção da saúde pública e o homicídio com fundamento na proteção da vida.

6.1.1. Criminalização da produção, segundo sua definição material

Os crimes regulatórios descrevem o controle penal econômico da produção. Isso, no entanto, pressupõe uma determinada definição de produção, que é material. Numa outra definição possível, que é apenas formal, ela pode se confundir com o consumo: conforme o referencial adotado, uma mesma situação em particular que aparece como consumo de um bem pode da mesma forma ser descrita como produção de outro. Vejamos, então, qual é a definição que pressupomos.

De acordo com MUELLER¹⁸², a produção, assim como a troca, é correlata à questão de *como* iremos providenciar a satisfação de nossas necessidades. Segundo o autor¹⁸³, é o meio pelo qual nós “rearranjamos” as coisas que natureza coloca a nossa disposição, ressignificando-as de modo a obtermos uma combinação adequada a nossas necessidades e, nessa linha, determinando a quantidade de coisas que estarão realmente disponíveis.

Pode-se acrescentar que nós não rearranjamos apenas as coisas naturais. Nós igualmente rearranjamos as qualidades incorporadas em nós mesmos, desenvolvendo habilidades novas e aperfeiçoando as antigas. Isso está de acordo com a definição de MUELLER para bens “humanos”, em contraste com os bens “não humanos”, que equivalem às qualidades úteis incorporadas em coisas materiais¹⁸⁴.

Na produção desses bens econômicos, humanos e não humanos, nós empregados outros recursos escassos, humanos e não humanos. Os primeiros são os bens destinados ao uso final, ao consumo por pessoas, usualmente chamados bens de consumo. Os segundos são os bens empregados na produção dos primeiros. Trata-se dos bens ou fatores de produção que, por sua vez, também são reprodutíveis a partir de uma combinação de si mesmos. MUELLER os denomina “capital”, e os subdivide em “capital humano” e “não humano”: de um lado, os “serviços” prestados por pessoas, de outro, os “serviços” prestados por coisas. Em todo caso, enquanto “capital”, ambos são empregados como “ferramentas” da produção de mais capital e de bens destinados ao uso final¹⁸⁵.

MUELLER anota¹⁸⁶ que, nos tempos antigos, a produção de ambos os capitais competia à família e também o capital humano era objeto de propriedade. Hoje, porém, a empresa moderna especializou-se na produção de capital não humano, único sujeito à propriedade, e à família conservou tão somente a função de produzir capital humano.

O consumo, por seu turno, é correlato ao *que* escolheremos para satisfazer nossas necessidades (ou as de outra pessoa de nossa preferência): ele é o uso final dos bens produzidos, conforme MUELLER¹⁸⁷. O que determina a escolha de produzir um bem e não outro, desse modo, está relacionado a essa pergunta correlata ao consumo. Trata-se do valor que, para nós, um determinado bem adquire.

182 MUELLER, John D. Op. Cit., p. 20.

183 Idem, ibidem, p. 25.

184 Idem, ibidem, pp. 20, 25, 123-124 e 245-253.

185 Idem, ibidem, p. 25.

186 Idem, ibidem, pp. 25 e 26.

187 Idem, ibidem, p. 20.

Para MUELLER¹⁸⁸, esse valor não é o valor *em si* do bem, senão o seu valor relativo à capacidade de satisfazer nossas necessidades, isto é, a sua utilidade. Nesse sentido, diz o autor que um rato vivo pode até ser mais estimado por seu valor *em si* do que uma quantidade de vegetais mortos. Mas, em vista de nossas necessidades, nós preferimos uma porção de trigo moído a um rato vivo.

Assim, podemos concluir que o consumo diz respeito a escolha dos bens para o uso final que dele fazemos, conforme o valor relativo desses bens, sua utilidade ou, noutras palavras, sua capacidade de satisfazer nossas necessidades.

A produção e o consumo em muito se assemelham. Para entendermos essa semelhança entre eles, bem como defini-los ainda melhor, vale uma visita aos escritos de MARX, cuja noção de produção é especialmente interessante, na medida em que é definida nos mesmos termos em que o é também o trabalho humano.

MARX afirma¹⁸⁹ que o trabalho é a colocação das forças corporais humanas na transformação da natureza de modo a adaptá-la à satisfação de nossas necessidades, numa forma útil a nossas vidas. Essa forma final que a natureza assume é previamente idealizada na mente humana antes de ser posta em prática, de modo que além do esforço corporal, o trabalho exige a “vontade orientada a um fim, que se manifesta como atenção durante o tempo de trabalho”¹⁹⁰. Nesse sentido, logo adiante ele explica que os “elementos simples do processo de trabalho são a atividade orientada a um fim ou o trabalho mesmo, seu objeto e seus meios”. Então, define os meios de produção como os *instrumentos da produção*, isto é, a tecnologia empregada no processo produtivo, e o objeto como a *natureza* preexistente que o homem transforma para obter os bens que satisfarão suas necessidades.

Em comparação a MUELLER, os recursos humanos são definidos em MARX como trabalho, e os recursos não humanos – abrigados sobre o conceito de propriedade, em MUELLER – são definidos como natureza (ou matéria-prima) e instrumentos de trabalho. A definição é semelhante, como era de se esperar.

Diz MARX, em outro texto¹⁹¹, que “a produção é imediatamente consumo”. E isso duplamente: consumo subjetivo e objetivo. É consumo subjetivo porque “o indivíduo, que ao produzir desenvolve suas faculdades, também as gasta, as consome, no ato da produção,

188 Idem, *ibidem*, p. 24.

189 MARX, KARL. *O Capital. Crítica da Economia Política*. Vol. I. Livro Primeiro. O processo de produção do capital. Tomo I. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 297.

190 Idem, *ibidem*, p. 298.

191 MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política*. Tradução de José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi. Da Coleção os Pensadores, pp. 107-257. 2ª Ed. São Paulo, Abril Cultural, 1978, pp. 108 e 109.

exatamente como a reprodução natural é um consumo das forças vitais”. E é consumo objetivo porque a produção implica no consumo dos instrumentos de trabalho e da natureza, que são em parte destruídos, gastos, dissolvidos. Então, porque a produção é idêntica ao consumo, em certo sentido, MARX a denomina *consumo produtivo*. Por outro lado, “o consumo é também imediatamente produção”. Quando o homem consome, diz MARX, ele produz a si próprio, assim como a natureza produz plantas a partir do consumo de certas substâncias minerais, do sol e da água. Por isso o consumo pode ser designado como *produção consumidora*. A diferença é que esta produção do homem, que é o consumo, implica no aniquilamento da produção anterior. “Na primeira o produtor se coisifica, na segunda, é a coisa criada por ele que se personifica”¹⁹².

Outra forma de explicar o consumo, segundo MARX¹⁹³, está gravada em sua denominação enquanto *consumo individual*, contrastado à produção enquanto *consumo produtivo*. O primeiro se diferencia do segundo porque consome os bens como “meios de subsistência”: seu produto é o próprio consumidor. Já o segundo os consome como “meios de produção”: seu resultado é um produto distinto da pessoa do consumidor.

Talvez se pudesse denominá-lo, ainda, *consumo improdutivo*, em contraste com o *consumo produtivo*, que é a produção. Mas isso ignora a natureza igualmente produtiva do consumo: ele *produz* a própria pessoa.

Em todo caso, a produção e o consumo se distinguem conforme o referencial que se adote. É necessário perguntar-se: “produção de *quê?*”, “consumo de *quê?*”, pois o consumo de um bem é a produção de outro e vice-versa. Nesse sentido, a exposição de MARX demonstra que produção e o consumo são categorias formais, analíticas: não existem atividades que, em si mesmas, possam ser descritas como de produção ou de consumo.

Para sintetizar essa idéia, a distinção formal ou analítica entre produção e consumo se dá nos termos de aumento ou diminuição da disponibilidade de um bem econômico. Nesse sentido, a produção abrange as condutas que aumentam a disponibilidade de um bem e o consumo, por sua vez, as condutas que a diminuem. Nos atos produtivos, portanto, se incluem não só aqueles que “criam” o bem econômico, mas todos os que aumentam ou conservam a sua disponibilidade. Esse critério permite-nos incluir na produção também o transporte e o

192 Idem, *ibidem*, pp. 108 e 109.

193 MARX, KARL. *O Capital. Crítica da Economia Política*, p. 302.

armazenamento, o que está de acordo com PARETO¹⁹⁴, para quem a produção não se resume à transformação material de um bem em outro. Ela constitui igualmente a transformação no espaço, que é o transporte, e no tempo, que é o armazenamento. Embora o bem permaneça o mesmo materialmente, economicamente ele é afetado, pois um bem disponível *aqui e agora* é mais útil do que esse bem disponível noutro lugar e tempo. Com o aumento da disponibilidade do bem, aumenta a sua utilidade, sua capacidade de satisfazer uma necessidade, seja pela sua modificação no espaço, seja pela sua conservação no tempo. Já o consumo, em contraste, é o que destrói ou diminui essa disponibilidade.

Mas em vista de nossos objetivos, que é classificar os tipos de crime em diferentes gêneros, necessitamos empregar uma definição material (ou classificatória) de produção e consumo, e ela nos é dada nos termos de um referencial fixo: a produção é a *produção* de *bens econômicos*, e o consumo é a *produção* de *pessoas*, ou o uso final daqueles bens econômicos. Distinguem-se, assim, as pessoas como os “bens” em especial que nos servem de referencial fixo. Fica claro que, ao fim, tanto MUELLER como MARX optam também por uma distinção material.

Essa distinção material, porém, não pode ser confundida a distinção usualmente feita e que se dá conforme o mercado. Consoante a ela, a produção é o que designa os atos de quem *produz* bens econômicos e, em vez de consumi-los ele mesmo, os vende para o consumo de terceiros. O consumo, então, designaria os atos de quem compra tais bens para usá-los na *produção* de si mesmo, para destiná-los ao seu uso final. Assim, quem planta o trigo e o vende, ou quem compra esse trigo para moê-lo e então vendê-lo novamente, é tido como *produtor*. Quem, por outro lado, o compra para consumi-lo, é tido como *consumidor*.

Só que nessa definição o mesmo ato pode ser, eventualmente, classificado como produção e, noutro, como consumo. Pense-se, por exemplo, no caso de quem vive no campo e planta seu próprio trigo, depois o colhe, mói, prepara-o com outros ingredientes para fazer pão, cozinha-o, serve-o à mesa e finalmente o come. Onde, exatamente, se encerrou a produção de pão e se iniciou o seu consumo? A depender daquele critério, que se baseia no mercado, os atos de produção e consumo permanecerão indistintos uns dos outros num caso como esse. Mas mesmo numa situação que envolve trocas mercantis essa distinção se revela ambígua. Naquele mesmo exemplo, se se trata de alguém que compra o trigo moído no supermercado, a

194 PARETO, Vilfredo. Manual de Economia Política. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996, pp. 143 e 144. Sobre o transporte e o armazenamento como formas de produção, ver ainda as pp. 240-243.

distinção usual tende a nos dizer que até aí houve produção e, depois de então, consumo, o que abrangeria ainda, pelo menos, preparar o trigo moído com outros ingredientes, cozinhá-lo e servi-lo à mesa. Mas e se a pessoa comprasse o pão pronto na padaria, ou o comesse ali mesmo? A padaria o haveria cozinhado e servido. Então, de acordo com a linha de raciocínio comum, o cozimento do pão e o ato de servi-lo não seriam consumo, mas produção. Ocorre que esses mesmo atos, se feitos em casa pela própria pessoa, teriam de ser considerados como consumo.

Apesar de problemática, essa delimitação é bastante usada na literatura econômica contemporânea¹⁹⁵. E, de fato, pode ser muito útil. Mas não podemos creditá-la sem mais nem menos. É preciso deixar claro que se trata de mais uma definição formal ou analítica de produção e consumo, que pode ser útil quando, em futura pesquisa, tratarmos da análise de mercados ilegais. Nessas situações, em que se fazem análises do tipo oferta e demanda, a distinção usual tem bastante utilidade, uma vez que permite equiparar a produção de bens econômicos à oferta, e o seu consumo à demanda.

Contudo, no que nos interessa, que é o ponto de vista material, a produção e o consumo distinguem-se nos seguintes termos: o consumo se refere ao uso final, à destruição de bens empregados na produção de pessoas, destruição que às vezes não é instantânea, senão diferida no tempo, como no caso dos bens de consumo duráveis; já a produção designa a criação desses bens e o seu processo de obtenção – que ferramentas empregar, que esforço laboral despende e que matérias-primas usar –, incluindo o seu transporte e armazenamento.

Pode-se concluir, enfim, que embora o consumo e a produção se confundam segundo suas definições formais, quando vistos pelas suas definições materiais eles se distinguem claramente: a produção (*material*) como produção (*formal*) de bens econômicos e o consumo (*material*) como produção (*formal*) de pessoas.

6.1.2. Produção de serviços

Numa situação dada, pode ser difícil descrever determinada conduta como produção de serviços. Isso ocorre porque, quando o bem em questão é um serviço, ele praticamente se confunde com a própria atividade de produção.

195 Veja-se MANKIWI, Gregory N. Introdução à economia. Tradução de *Allan Vidigal Hastings* da 3ª Edição norte-americana. São Paulo: Thomson Learning Edições, 2006, p. 505, onde se lê: “O consumo é a despesa das famílias em bens e serviços”.

A princípio, o mecanismo que nos permite identificar serviços em um tipo de crime em particular é imaginar se existe um mercado para esse bem. Por exemplo. No caso do homicídio ou do aborto, é fácil descrevê-los como serviços em vista de que existe um mercado de matadores de aluguel, de pistoleiros, e um mercado de serviços médicos para abortos clandestinos. No entanto, como já havíamos anotado, nem sempre será possível distinguir um mercado para determinado serviço.

Mas a produção, é certo, pode ser de serviços ou coisas. A diferença é que, no primeiro caso, não resulta do trabalho humano um objeto tangível ou, se é tangível, não é patrimonial, isto é, não é passível de ser transferido a terceiros, ao menos não isoladamente¹⁹⁶. Pense-se, por exemplo, no serviços de um psicólogo (um serviço “puro”), de cujo trabalho como terapeuta não resulta algo tangível. Ou imagine-se o serviço de um cabeleireiro (um serviço “impuro” ou “misto”), cujos “cortes”, apesar de tangíveis, não podem ser transferidos pelo cliente a um terceiro, ou ainda os serviços de reparo de automóveis (um serviço também “impuro” ou “misto”), cujos resultados não podem ser transferidos independentemente do bem reparado¹⁹⁷. Isso faz com que os serviços, nas palavras de RIZZIERI¹⁹⁸, sejam pelo menos em parte consumidos enquanto são produzidos.

No caso de crimes, é um exemplo de serviço puro os crimes de ato obsceno (art. 233, do CP) ou de calúnia (art. 138, *caput*, do CP), dos quais não resulta qualquer objeto tangível. Quanto a serviços impuros ou mistos, são exemplos os crimes de falsidade de atestado médico (art. 299 do CP) e outros crimes de falso análogos, dos quais, apesar de resultar um bem tangível, um documento falso, ele tem interesse unicamente para a pessoa que o demandou de terceiros ou o produziu para si própria. São também exemplos de serviços mistos os crimes de dano (art. 163) e de alteração do sinal de veículo automotor (art. 311 do CP), dos quais, apesar de resultar uma alteração em bens tangíveis, essa alteração não pode ser destacada e

196 Serviço é qualquer atividade ou benefício que uma parte possa oferecer a outra, que seja essencialmente intangível e não resulte em propriedade de qualquer coisa. Sua produção pode ou não estar vinculada a um produto físico”. Conforme KOTLER, P. e BLOOM, P. N. Marketing para serviços profissionais. São Paulo: Atlas, 1988, p. 191.

197 Sobre a distinção entre serviços puros ou mistos, ver SLACK, N.; CHAMBERS, S; JOHNSTON, R. e BETTS, A. Gerenciamento de operações e de processos. Princípios e práticas de impacto estratégico. 2ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2013, pp. 38-40; MOURA, Benjamim. Logística. Conceitos e Tendências. Lisboa: Centro Atlântico, 2006, p. 316; CHASE, Jacobs. Administração de operações e da cadeia de suprimentos. 13ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 8; CORRÊA, Carlos Alberto e CORRÊA, Henrique Luiz. Uma análise crítica da dicotomia produto-serviço na gestão de operações (pp. 62-83). In Tópicos em Engenharia da Produção. Vol. 03. José Paulo Alves Fusco (org.). São Paulo: Arte & Ciência, 2005, pp. 67 e ss.

198 GREMAUD, Amaury Patrick *et all.* Manual de Economia. 6ª Ed. Org. PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR., Rudinei. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11.

transferida a terceiros isoladamente, sem que o bem próprio bem danificado ou adulterado seja transferido também.

Em todos os crimes em que serviços sejam o bem econômico, percebe-se, ou bem serviço se identifica parcialmente com a própria conduta descrita no tipo de crime, se se trata de um serviço impuro ou misto, ou se identifica totalmente com a conduta típica, se se trata de um serviço puro. Levando isso em conta, ainda que não possa identificar o bem serviço concebendo-se um mercado para ele, será possível reconhecê-lo na própria conduta descrita como produção. Nos exemplos citados, é o caso da prática de ato obsceno ou de calúnia, bens para os quais não parece haver um mercado e que exigem, portanto, que a própria pessoa que os deseja produza-os ela mesma.

Não se pode concluir, contudo, que os serviços dispensem absolutamente a “materialidade” ou “tangibilidade”, pois são materiais ao menos na forma em que se manifestam pelo trabalho de alguém que presta ou realiza determinado serviço, quando não também nas ferramentas e insumos empregados¹⁹⁹.

6.1.3. Crimes regulatórios como violação das normas jurídicas que regulam apropriação de bens específicos pela produção, troca, doação e consumo

Os crimes pertencentes ao gênero regulatório se definem pelo fato de que, em seus tipos legais, estão incluídas condutas que, precipitando a ilegalidade originária de bens econômicos (coisas e serviços), podem ser descritas como produção desses bens – o que é a definição material de produção –, lembrando que a produção não se restringe unicamente à transformação material dos bens econômicos, senão que se estende a tudo o que aumenta a sua disponibilidade, como o transporte e o armazenamento.

Dentre todas as condutas que podem ser descritas como produção, não será sempre a mesma conduta específica que determinará a ilegalidade originária do bem econômico. No caso das drogas, por exemplo, é a plantação, a extração ou a fabricação – enfim, a transformação material desse bem – as primeiras condutas de produção que podem determinar, desde já, ilegalidade do bem tido como droga. Já no caso do contrabando, a ilegalidade originária precipita-se com a importação do bem que é proibido no território nacional. Assim,

199 PARETO, Vilfredo. Op. Cit., p. 239.

no contrabando, leva-se em conta um ato de produção que é, particularmente, uma transformação espacial do bem.

Normalmente, a conduta de produção que originará a ilegalidade de uma coisa será um ato de transformação material – como o cultivo, a extração ou a fabricação –, que lhe traz à existência. Ou então, será um ato de transformação espacial – basicamente, a importação –, cuja fabricação no país não é criminalizada (*reprimida*), mas sua importação sim. É esse o caso das hipóteses contidas no delito de contrabando²⁰⁰, que é a importação de bens cuja fabricação no território nacional é ilícita tão somente do ponto de vista administrativo – caso do contrabando de cigarros, por exemplo²⁰¹ –. Em tese, poderia se aplicar também a importação de bens cuja fabricação nacional estivesse sujeita a criminalização (*repressão*), se o tipo de crime que proíbe a fabricação silenciasse sobre a importação desse mesmo bem. Porém, ao que nos consta, esses crimes sempre incluem a criminalização (*repressão*) da importação do bem cuja produção nacional ele criminaliza (*reprime*), geralmente sob a alcunha de “tráfico internacional”. Por exemplo, o tráfico internacional de drogas (arts. 33 e 40, I da Lei de Drogas), de armas (art. 18 da Lei de Armas, nº 10.826/2003) e de medicamentos (art. 273, § 1º do CP).

Já no que se refere aos serviços, a conduta de produção que originará sua ilegalidade num tipo de crime em particular, como os dos exemplos citados no tópico anterior, será sempre uma atividade inventiva, de criação, que em certo sentido pode ser descrita como um ato de transformação “material”, com o detalhe de que no caso dos serviços puros a “matéria” transformada é a própria atividade corporal, posta em prática nos limites das habilidades pessoais e dirigida pela vontade de atingir um resultado que não se materializa em nada, a não ser nessa própria atividade. Em todo caso, por conta a intangibilidade dos serviços ou, ao menos, por conta da impossibilidade de transferir o eventual resultado tangível – como nos serviços mistos –, não faz sentido conceber o transporte ou armazenamento de serviços. Assim, a conduta de produção de serviços corresponderá sempre a um ato de transformação “material”, ou melhor, de criação desse bem.

200 Art. 334 do CP, primeira parte, onde lê: “Importar ou exportar mercadoria proibida”.

201 Sobre o contrabando como proibição da importação de mercadorias proibidas apenas do ponto de vista administrativo, ver a nossa monografia, o Mercado Ilegal de Cigarros. O contrabando de cigarros “proibidos”, por exemplo, consiste na importação da produção estrangeira de cigarros em desacordo com art. 20 da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Saúde (ANVISA) n.º 90/07, que entre outras coisas, exige o registro prévio da marca da mercadoria a ser importada, conforme o artigo 3º daquela Resolução, além do atendimento a uma série de normas sanitárias editadas para amenizar o efeito nocivo do tabagismo sobre os consumidores.

Nem todo bem ilícito do ponto de vista regulatório, coisa ou serviço, é ilícito porque tem a sua produção criminalizada (*reprimida*) em absoluto. Isso quer dizer que, sob certas condições, sua produção poderia ser permitida. Para retomar um exemplo já visto, as próprias drogas, qualquer delas, podem ter a sua produção autorizada se feita mediante prévia licença e em atenção ao emprego desses bens com a finalidade específica de estudo científico (art. 2º, § 2º da Lei de Drogas).

Condições de tal natureza estão fixadas ou nas próprias leis penais ou em normas administrativas, como é na maioria das vezes, o que abrange desde decretos regulamentares a Portarias e Resoluções da Administração Pública às quais os tipos de crime nos remetem, nem sempre de forma clara. Nesses casos, a produção de um bem só é criminalizada (*reprimida*) se não observa essas normas administrativas.

Na Lei de Drogas, por exemplo, a todo momento somos instados a verificar quais sejam essas normas, referidas no bordão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” e especificadas no art. 66 da Lei, quais sejam as da Portaria nº 344, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12 de maio de 1998. Tal Portaria subdivide as drogas em vários grupos, conforme seu Anexo I: há as substâncias e plantas “proscritas”, nos grupos E e F, como a maconha, o crack, a cocaína etc., e as substâncias “permitidas”, nos grupos de A a D, como outros “psicotrópicos”, “entorpecentes” e “substâncias sujeitas a controle especial” cuja produção é permitida para ser destinada ao uso médico. Mas nem no caso das substâncias “proscritas” a proibição é absoluta. Tão pouco é absolutamente permitida a produção das substâncias “permitidas”. Para cada um daqueles grupos do Anexo I da Portaria, estabelecem-se exigências específicas que, a princípio, são inumeráveis e podem ser tantas quanto mais ou menos ousada e criativa for autoridade reguladora. Algumas dessas condições se referem ao próprio objeto, sua qualidade – como que composição deve ter –, outras a sua quantidade – quanto dele se pode produzir num espaço de tempo determinado –, outras ao agente que desempenha a atividade relacionada a esses bens – como licenças, autorizações e certificados –, outras relacionadas ao transporte, incluindo condições para importação e exportação – como portos e aeroportos específicos para operações com essas substâncias –, outras ao armazenamento do bem – como a exigência de escrituração permanente e acondicionamento adequado – etc.

Exigências assim condicionam a licitude da produção de um bem. Note-se que, como no caso das drogas, a violação de alguma dessas exigências pode ocorrer já no momento inicial de sua produção, em sua transformação material, desde a extração ou plantação da

substância em sua forma vegetal, ou então quando ela, em si mesma, apesar de estar praticamente pronta para o consumo, desrespeita determinada condição enquanto é transportada ou armazenada. Só no caso de superar todas essas exigências sua produção será lícita. Do contrário, estará em tese sujeita a criminalização (*repressão*) pela Lei de Drogas.

Não termina aqui, porém, a *via crucis* dos bens sujeitos ao controle regulatório. Passado seu estágio inicial de produção – seu agenciamento, digamos –, as atividades relacionadas a eles por intermédio de outros modos de apropriação – nomeadamente a troca, a doação e o consumo – podem igualmente sujeitarem-se a certas condições. Vejamos isso no exemplo dos órgãos, cuja venda é proibida.

A “produção” de órgãos humanos está submetida ao controle regulatório. Claro que não se trata de sua produção fisiológica ou natural, da qual se encarrega a própria genética humana. Então, por produção de órgãos humanos deve-se entender os atos que se iniciam com a sua extração do corpo humano²⁰². E, nesse sentido, trata-se de um bem cuja produção é relativamente proibida, que será lícita somente se observadas determinadas condições, registradas na Lei nº 9.434/97 e em seu regulamento, o Decreto nº 2.268/97. Dentre elas, as mais óbvias são as exigem o consentimento do paciente e o fato de que a extração não implique prejuízos a sua saúde. Existem ainda uma série de condições relativas a quem pode realizar a extração, onde fazê-la, como armazenar e transportar etc., que regulam a produção de órgãos. Suponhamos, agora, que todas essas condições do estágio inicial da produção, o agenciamento do bem, tenham sido observadas. No caso dos órgãos, como em outros, isso não garante a licitude definitiva do bem até o seu consumo final – conforme a definição material de consumo –. Existem ainda exigências relativas a outros modos de apropriação. Os órgãos não podem ser vendidos, por exemplo, e em regra não podem ser doados a qualquer um, de livre escolha do doador. Devem ser doados ao Estado, que por sua vez os entregará a quem se encontre na fila de espera dos transplantes. Sua venda constitui o crime do art. 15 da Lei citada e o transplante realizado em desacordo com a lista de espera é criminalizado (*reprimido*) no art. 18.

202 Do ponto de vista do que definimos como “produção”, percebe-se que não faz sentido considerar “produção” de órgãos o próprio processo natural de crescimento e renovação fisiológica do corpo humano. Afinal, por produção se deve entender tão somente aquilo que resulta do trabalho humano, a ação teleológica, consciente e voluntária, excluídos os processos inerentes à natureza, como o crescimento fisiológico. Faria sentido, no entanto, se como no filme “A ilha”, o homem praticasse a reprodução da espécie – que naquele filme já não mais se dava pelo sexo, mas sim pela clonagem – com o fim de, mais tarde, extrair os órgãos humanos em benefício dos “patrocinadores”, os “moldes” dos clones humanos, figurões seduzidos pela vida eterna. Nesse caso, o homem coloca a seu serviço o processo fisiológico de crescimento e renovação do corpo, assim como o agricultor se vale das estações e do clima para cultivar cereais.

Essa regulação para além da produção se repete, normalmente, em todos os tipos de crime que se podem denominar regulatórios. No caso do tráfico de drogas, por exemplo, determinada droga medicamentosa que tenha tido a sua produção lícita pode vir a ser precipitada na ilegalidade por conta do desrespeito à alguma condição relativa a sua troca, doação ou consumo. Nesse sentido, a venda não pode ocorrer sem que o fornecedor da droga medicamentosa, como uma farmácia, verifique a existência uma receita médica prescrevendo o uso do bem a certa pessoa que quer comprá-lo (art. 35, § 4º da Portaria SVS/MS nº 344/98). Do mesmo modo, a pessoa está proibida de consumir a droga medicamentosa sem que o seu uso lhe tenha sido devidamente prescrito por um médico. Ademais, esses bens não podem ser doados livremente, como em “amostras grátis” (art. 89 da referida Portaria).

O controle regulatório não se restringe, portanto, à criminalização (*repressão*) da produção desses bens específicos. Não necessariamente, ao menos, pois essa criminalização pode atingir outros modos de apropriação. Nesses termos, ainda que a produção de um bem em particular seja lícita, porque foram respeitadas as condições de sua proibição relativa, a licitude de sua troca, doação ou consumo não está garantida. Há que se observar as proibições dirigidas a esses modos de apropriação subsequentes à produção. Caso contrário, embora a produção do bem seja lícita, ele virá a ser ilícito por outras razões.

Agora podemos concluir que esse gênero de crimes não abarca somente criminalização (*repressão*) da produção de bens específicos. Esse requisito é fundamental para a definição. Mas sozinho não descreve bem a sua abrangência. Deve-se concluir, portanto, que os crimes regulatórios são os que, necessariamente, podem determinar a ilicitude de bens específicos desde a sua produção, não excluída a possibilidade de que, superado esse estágio inicial, ela decorra da troca, da doação ou do consumo.

Note-se, enfim, que não faz sentido incluir nessa lista aqueles outros modos de apropriação restantes, quais sejam a reapropriação, a expropriação ou a concorrência. Nesses últimos, considerada a natureza específica do bem, pressupõe-se que a sua apropriação seja lícita. Como já anotamos, não se pode conceber o furto de drogas, a proteção contra concorrência desleal no mercado ilegal de drogas ou que o Estado exija a doação de um bem como esse, cuja apropriação ele proíbe quase que em absoluto. Todos eles pressupõem, logicamente, que o controle regulatório tenha sido superado. Neles, o que determina a ilicitude originária de um bem não decorre da consideração de sua natureza específica – a exemplo da criminalização da troca de órgãos, da livre doação de medicamentos ou do

consumo de drogas –, mas da violação de obrigações interpessoais, como a de doar um bem, de respeitar à propriedade de qualquer bem ou de observar as regras concorrenciais.

6.1.4. Proibições relativas como condições e absolutas como impedimentos

A maioria das atividades econômicas situa-se entre os extremos de proibições absolutas, de um lado, e permissões absolutas, de outro. Mas esses extremos ou são muito raros ou sequer existem na realidade. As situações realmente existentes ou mais frequentes se situam entre eles. Nesse limbo, os bens e sua apropriação estarão sempre sujeitos a uma proibição relativa – ou, o que dá no mesmo, uma permissão relativa –. Mas tem pouca utilidade, entretanto, concluir algo assim.

O que nos interessa apontar é que, para um mesmo bem, conforme o referencial que se adote, ele pode ser proibido absolutamente, proibido relativamente ou permitido absolutamente. A apropriação da maconha, por exemplo, em relação à apropriação para o fim de estudos científicos, é uma apropriação relativamente permitida. Cumpridas algumas condições, a começar pela obtenção de licença prévia, ela será permitida. Diversamente, sua apropriação para o uso recreativo é absolutamente proibida.

Isso quer dizer que, para cada bem, a legislação estabelece um misto de proibições (absolutas e relativas) e permissões. Assim, os conceitos de proibições absolutas e relativas são tomados como instrumentos de análise de uma situação dada, não como descrição da realidade total dos bens econômicos sujeitos ao controle regulatório.

Como nesse último exemplo, o que nos interessa é distinguir, numa situação dada, aquelas proibições que podem ser superadas (proibições relativas) daquelas que são insuperáveis (proibições absolutas). Nesse sentido, as primeiras aparecem como condições e as segundas como impedimentos. Assim, quando o agente pode se apropriar de um bem específico se cumprir isso e aquilo, estamos diante de condições. Noutras situações, não importa o que agente faça simplesmente não poderá exercer a atividade econômica, seja porque nem em tese está em condições de cumprir as condições fixadas, seja porque a legislação sequer fixa tais condições. Esses são os impedimentos.

Se as condições exigem que o agente faça algo que lhe permita apropriar-se de determinado bem, os impedimentos exigem que ele simplesmente se abstenha dessa apropriação.

Descrevendo nesses termos aquele espectro de que falamos, é como os bens absolutamente proibidos estivessem sujeitos unicamente a impedimentos e, todos os demais até o último item do espectro, o dos bens absolutamente permitidos, estivessem sujeitos a um misto de impedimentos e condições, ou ao menos a condições.

6.1.5. Condições como regras regulatórias combinadas a regras de oneração

Os impedimentos derivam de regras “puramente” regulatórias, por meio das quais o Estado coíbe a apropriação de determinados bens específicos. As condições, por sua vez, derivam da combinação de regras regulatórias com as de oneração. Para realizar o controle regulatório, o Estado impõe em determinados casos que os agentes, se quiserem se apropriar de determinados bens, “abram mão” de outros. A apropriação das drogas medicamentosas – sujeitas à Lei de Drogas –, por exemplo, exige dos agentes que atendam a uma série de requisitos que exigem a dispensação gratuita de recursos econômicos: além da licença administrativa, a observação de composições químicas dadas, de embalagens específicas, do estabelecimento apropriado para a venda, do aval médico para a venda e consumo, entre muitos outros requisitos, que pela vontade deles próprios talvez fosse diferente.

A diferença entre onerações “puras” e onerações combinadas à regras regulatórias é que, no primeiro caso, a “reapropriação” do ônus imposto não implica na ilicitude do bem em razão de cuja apropriação esse ônus tornou-se obrigatório. A apropriação das drogas para estudo científico sem autorização prévia, por exemplo, torna ilícita essa apropriação. Mas a sonegação do imposto de renda (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90) não torna ilícita a apropriação da renda.

Num caso, a reapropriação (da autorização prévia) é uma condição da licitude da apropriação de um bem. No outro, a reapropriação (dos tributos) torna ilícito tão somente os bens reapropriados. Ainda a título de exemplo, veja-se o caso do descaminho (art. 334 do CP), em que a reapropriação dos tributos devidos pela importação do bem “contamina” a licitude da apropriação desses bens.

Impedimentos, por sua vez, representam as regras regulatórias “puras”, ao exigirem a abstenção da apropriação de determinados bens, em consideração a um referencial específico numa situação concreta. A troca de órgãos, por exemplo, é um modo de apropriação proibido desses bens. O mesmo se dá com o impedimento da doação de medicamentos ou a apropriação de drogas para o uso recreativo.

Em termos gerais, a grande maioria dos bens, senão todos, são relativamente permitidos. Mas essa conclusão tem pouca utilidade para análise de situações concretas. Pode-se dizer, por exemplo, que as drogas são bens relativamente proibidos, como o são também os medicamentos. Essa equiparação no plano abstrato, contudo, ignora a disparidade no tratamento penal que é reservado à apropriação das drogas em relação à apropriação dos medicamentos. Para diferenciar o tratamento dispar em dois casos como esses, os conceitos de impedimentos e condições são fundamentais. Eles nos propõem identificar, num caso e noutro, a diferente combinação de proibições insuperáveis e superáveis. Ademais, permitem-nos descrever melhor o controle regulatório de um mesmo bem, em diferentes situações concretas, como é o das drogas quando destinadas a fins científicos ou quando destinadas a fins de uso recreativo. Cada uma dessas *utilidades concretas* desses bens recebe um tratamento penal diverso. Analogamente, cada um dos modos de apropriação das drogas medicamentosas ou dos órgãos recebe um tratamento diverso: os primeiros podem ser produzidos, sob certas condições, mas sua livre doação é impedida; os segundos, da mesma forma, podem ser produzidos sob condições, mas sua troca é impedida.

Condições e impedimentos são a forma final pela qual o controle regulatório se manifesta em consideração à apropriação de diferentes bens ou a diferentes situações relacionadas a apropriação de um mesmo bem.

6.2. Crimes distributivos

6.2.1. Transferências gratuitas, forçadas e obrigatórias

O segundo gênero de crimes está relacionado aos momentos econômicos de oneração e reapropriação, os quais, na verdade, são a mesma coisa observada de pontos de vistas opostos, pois a reapropriação é apenas a negação da oneração. Ela mesma não constitui em hipótese alguma um gênero de crime, já que é uma atividade própria do Estado, por meio da qual ele obriga a distribuição gratuita de certos bens econômicos.

As transferências gratuitas obrigatórias, em geral, referem-se ao dever de um particular entregar um bem específico ao Estado – como ocorre nos tributos, no sentido técnico –. Mas, nalguns casos, fixam o dever de um particular entregar um bem a outro particular – como no caso de alguns direitos trabalhistas ou de royalties da propriedade intelectual – ou o dever de, simplesmente, arcar com a perda de um bem que não será apropriado por outro agente, estatal

ou particular, como no caso das normas ambientais, mas que apesar disso beneficiam a coletividade como um todo. Daí já se pode concluir que as transferências gratuitas obrigatórias são de três tipos diversos, conforme o seu beneficiário.

Os bens reapropriados nos crimes distributivos consistem naquilo que o agente perderia se arcasse com os ônus impostos. O agente deveria transferi-los, devido a uma imposição legal, mas não o faz. Consoante a isso, quando impostos sobre a produção de um bem, aparecem como um custo supérfluo, sem o qual o bem final ainda poderia ser produzido: são os tributos, os custos ambientais, os custos com a propriedade intelectual etc. Eles se contrapõem, desse modo, aos bens sem os quais o outro bem não pode ser produzido: a matéria-prima, o trabalho, os instrumentos de produção etc., que aparecem como um custo imprescindível.

Em geral, esses ônus são estabelecidos por normas cíveis ou, principalmente, administrativas, cumprindo ao Direito Penal apenas sancionar a violação delas em certos casos. Pode ser, no entanto, que o ônus imposto de se exclusivamente em razão de normas penais. O crime de omissão de socorro (art. 135 do CP), por exemplo, pune uma obrigação oneratória que ele mesmo institui, qual seja a de dispor gratuitamente de certos recursos escassos, como o tempo à disposição de alguém, em favor de outras pessoas que se encontram em perigo de vida. Do mesmo modo, não raro nos crimes culposos – quando o agente do crime realiza a ação típica sem consciência e vontade de fazê-lo, por imprudência, imperícia ou negligência (art. 18, II do CP) – pune-se a violação de obrigações instituídas por eles mesmos, quais sejam as de agir com certo cuidado. Mas na imensa maioria das vezes, a obrigação oneratória se encontra em normas administrativas. São as normas tributárias, por exemplo, que explicam indiretamente os crimes fiscais. São as normas de trânsito, as normas técnicas profissionais ou as normas sanitárias que, em geral, estabelecem as obrigações cuja não observação permitirá que se caracterize, respectivamente, um homicídio culposo no trânsito, nos procedimentos médicos ou nos serviços de alimentação. Pode ser, ainda, que essas obrigações oneratórias sejam estabelecidas em normas cíveis, como o é a obrigação de pagar royalties pela propriedade intelectual, cuja violação eventualmente implica nos crimes de contrafação, que veremos abaixo.

A oneração é um modo pelo qual se realiza o controle de bens específicos. Esse modo deriva de uma convenção política que autoriza o Estado a realizar a redistribuição de bens havidos pelos particulares. O Estado estabelece, por exemplo, a obrigatoriedade de que eles lhe entreguem uma fração de sua renda, consubstanciada numa soma de moeda, tecnicamente

denominada imposto de renda, para com isso sustentar sua estrutura e os serviços que presta. Também impõe aos empregadores, por exemplo, que paguem aos trabalhadores um valor mínimo a título de salário – quando pelo mercado talvez pagassem menos –. Estabelece ainda uma série de obrigações para quem desenvolve uma atividade econômica potencialmente danosa ao meio ambiente, como a de instalar filtros nas chaminés e tratar os resíduos líquidos antes de lançá-los na rede pública de esgoto. Tudo isso constitui uma transferência gratuita, mas forçada e obrigatória, que atinge os bens dos particulares.

Valendo-nos dos termos propostos por MUELLER, podemos dizer que a oneração é o meio pelo qual uma determinada sociedade, através do Estado, realiza alguma justiça distributiva²⁰³. A autoridade do Estado para impor tais ônus decorre, digamos, de um “princípio distributivo”. Aos crimes que violam regras que dele decorrem chamaremos “reapropriações”, considerando que o indivíduo apenas retoma um bem que já lhe pertencia e que lhe foi exigido em vista de um ônus juridicamente obrigatório.

A *priori*, a transferência de bens econômicos se dá pela troca ou pela doação. Ela é onerosa num caso e gratuita no outro. Em ambos, porém, é livre e voluntária, porque o agente que transfere um bem o faz porque quer – isto é, com a sua plena ciência e livre consentimento –. Se não for assim, pode-se dizer que a transferência não é livre nem voluntária. Ela será forçada. Nesse caso, mesmo que a transferência forçada seja onerosa, nalgum grau ela será também gratuita. O salário-mínimo, por exemplo, é uma transferência onerosa. Contudo, porque é em parte uma transferência forçada, é também em parte gratuita. Pode-se vislumbrar essa gratuidade quando se concebe que, pela livre negociação, trabalhadores e patrões chegariam a um valor inferior ao do mínimo. Apesar disso, a lei obriga os empregadores a pagarem, no mínimo, um determinado valor, eventualmente superior ao que se poderia obter pela negociação aberta. O valor equivalente à diferença é aquilo que os patrões dispensam gratuitamente.

Em regra, ninguém pode ser constrangido a transferir gratuitamente um bem, a não ser que a isso seja juridicamente obrigado. Se não é assim, a transferência gratuita e forçada constitui uma expropriação. Mas se a ela está juridicamente obrigado, dizemos que, na verdade, houve uma oneração imposta ao agente proprietário do bem.

A oneração, como a expropriação, é uma negação do que podemos chamar “princípio negocial”. Trata-se do direito que alguém tem para decidir de acordo com sua vontade, com

203 MUELLER, John D. Op. Cit., pp. 20-22 e 41-45.

plena ciência e liberdade, se transferirá (e como) os seus próprios bens. Esse direito é correlato ao dever de respeitá-lo, válido para todas as demais pessoas. Porém, uma vez que oneração é juridicamente obrigatória, diversamente da expropriação, ela não é propriamente uma negação do princípio negocial, senão uma exceção sua.

Por um detalhe, apenas, mas um detalhe importantíssimo, as onerações não são expropriações. A compreensão das onerações como expropriações, na verdade, “ontologiciza” a propriedade, ignorando que as expropriações só são assim consideradas porque o mesmo Estado que onera a propriedade dos bens é o que garante essa propriedade e pune as expropriações. Nessa linha, vale recordar que as expropriações já foram inclusive um modo pelo qual sociedades antigas sobreviviam. E o que naquele contexto se poderia considerar “Estado”, não só se abstinha de coibir expropriações como as incentivava. Exemplo disso são os bárbaros dos tempos finais do Império Romano ou os cruzados católicos, que praticavam o saque sistematicamente.

As transferências gratuitas obrigatórias, impostas pela lei e garantidas pelo Estado, lembram as “economias” antigas a que se convencionou designar, ao menos na literatura historiográfica marxista, por modo de produção asiático²⁰⁴. Elas se caracterizavam pela sustentação econômica que os homens livres davam a determinada casta sacerdotal ou política da sociedade. Por isso, elas poderiam ser chamadas “economias tributárias”.

Também o feudalismo, a seu modo, era uma “economia tributária”, na medida em que impunha a cada servo camponês que ao senhor de terras entregasse, gratuitamente, parte de sua produção ou força de trabalho²⁰⁵.

Embora o nome “tributo” esteja associado hoje ao gênero que comporta aquelas espécies denominadas taxas, contribuições e impostos, parece-nos que na origem pretendia expressar a idéia geral de transferência gratuita, que é imposta por um soberano ao seu vassalo e garantida seja pela força, pelo hábito ou mesmo pela identificação carismática.

Assim, o que aqui designamos por “oneração” abarca também o que normalmente se

204 Dicionário do Pensamento Marxista. Tom Bottomore (Ed.). Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Ver pp. 348-351 para o verbete “sociedade asiática”, onde a p. 349 se lê o seguinte a respeito das sociedades sujeitas ao modo de produção asiático: “O produto excedente dessas comunidades era apropriado sob a forma de tributo pelo Estado, de tal modo que a renda da terra e o tributo coincidiam”.

205 Idem. Ver pp. 352-356 para o verbete “sociedade feudal”. À p. 353, lê-se o seguinte: “Mesmo em sua forma mais evoluída de renda em dinheiro, a renda feudal diferenciava-se, para Marx, [...] pela capacidade que tinha a classe feudal de exercer sobre os camponeses formas não-econômicas de coerção para a extração da renda. A coerção não-econômica significa que não há negociações de mercado entre os senhores feudais e os camponeses para produzir um nível de renda determinado pela oferta e pela procura de terra, mas que os rendeiros (tenants) são obrigados a pagar renda por causa da força superior exercida pelo senhor da terra”.

chama tributo, mas não se esgota aí, pois se estende a toda transferência gratuita obrigatória imposta pela lei e garantida pelo Estado seja em seu próprio favor, seja no de um particular ou no de uma coletividade difusa.

6.2.2. Oneração em razão da apropriação de um bem

Fica claro nos exemplos que demos que o ônus imposto pelo Estado está sempre em função da apropriação de um bem pelos particulares: a renda, no que toca ao ônus do imposto de renda, a força de trabalho, em relação ao salário-mínimo, e o bem cuja produção é potencialmente poluidora, em relação aos ônus ambientais. Um é o *bem a ser dado como ônus* ou, simplesmente, o próprio ônus. O outro é o *bem onerado*.

Às vezes, o *bem a ser dado como ônus* é da mesma qualidade do *bem onerado*. É uma fração dele. No imposto de renda, por exemplo, o ônus consiste num bem da mesma qualidade do *bem onerado*, se a renda for em dinheiro, como normalmente são os salários, e imposto for pago em dinheiro. Noutras, são de qualidades diversas, a exemplo dos impostos devidos pela importação de bens quaisquer, como um aparelho eletrônico. Nesse caso, o ônus consiste num bem de qualidade diversa, como determinada quantia em dinheiro.

Todo ônus e todo *bem onerado* são de natureza específica. Nesse sentido, o *bem dado como ônus* será ou a obrigação de fazer algo determinado, como um serviço, ou dar alguma coisa definida, um bem tangível qualquer, em razão da apropriação de um *bem onerado*, que também é específico. Trata-se de uma característica compartilhada com os crimes regulatórios, com a diferença fundamental de que, aqui, os bens são especificados em vista da obrigação de realizar uma transferência gratuita e, lá, em vista da obrigação de se abster da apropriação. Perceba-se, ainda, que as onerações podem se sobrepor à apropriação de bens econômicos por qualquer dos modos de apropriação a que se aplica também o controle regulatório. Podem aparecer como ônus sobre a produção de bens, como na obrigação de produzir um medicamento com composição química determinada, ou sobre a sua troca e consumo, como na exigência de receita médica para a venda e a compra para uso pessoal.

Nos crimes de reapropriação, os *bens a serem dados como ônus* são aqueles cuja apropriação, ao menos no que depender de suas naturezas específicas, superaram o controle regulatório. O dinheiro, por exemplo, em vista de sua natureza específica é um bem de apropriação permitida – a não ser que tenha sido falsificado, é claro –. Quando o Estado o exige à título de tributos, como no imposto de renda, não se pergunta se ele decorre da

alienação de algum produto direto de crime, como as drogas. Se se perguntasse, certamente o bem sofreria outro destino. Toda a renda do tráfico de drogas, e não apenas uma parte sua, seria perdida em favor do Estado. É inconcebível, no entanto, que à título de qualquer ônus o Estado exija um bem cuja natureza específica determine sua ilicitude criminal regulatória, assim como é inconcebível o Estado executar dívidas tributárias mediante a adjudicação de drogas havidas pelo devedor.

Por tudo isso, pode-se dizer que o controle regulatório precede, logicamente, ao controle distributivo. No limite, o ônus seria imposto apenas sobre os bens que o agente legitimamente possui. Mas, como no controle distributivo o Estado não está interessado em investigar se o bem exigido é produto indireto de crime, basta que seja lícito conforme sua natureza específica.

O ônus sempre é imposto em razão da apropriação de um bem, que é o *bem onerado*. Só as vezes, porém, a reapropriação do *bem a ser dado como ônus* condiciona a apropriação do *bem onerado*. Nesse caso, *para vir a se apropriar do bem onerado*, o agente deve arcar com o ônus. Trata-se da oneração como condição de apropriação, vista no tópico V.III.V. Noutras, porque *já se apropriou do bem onerado* é que deve transferir o *bem a ser dado como ônus*. Trata-se das onerações puras que, portanto, também estão vinculadas à apropriação de um *bem onerado*, mas que não é uma condição da apropriação desse bem.

Em alguns casos, portanto, o que era originalmente uma oneração torna-se uma regra regulatória, tudo a depender apenas de a violação dessa regra de oneração comprometer a licitude da apropriação do *bem onerado*. Por exemplo, a produção de cigarros deve observar determinados parâmetros como os teores de nicotina e alcatrão contidos no tabaco, sem o que sua importação não será autorizada, nos termos do art. 20 da RDC ANVISA n.º 90/07. Não observados tais ônus, a apropriação dos cigarros, pela sua importação, caracteriza o crime de contrabando (art. 334 do CP).

Perceba-se que a oneração como condição de apropriação não está necessariamente atrelada à exigência de que o *bem dado como ônus* seja de qualidade diversa do *bem onerado*. Na remessa de divisas, por exemplo, o *bem dado como ônus* são os tributos devidos. Seu pagamento é condição da apropriação do *bem onerado*, as divisas remetidas. Nesse caso, o bem a ser transferido geralmente é da mesma qualidade do primeiro, isto é, dinheiro. Sua reapropriação corresponde ao crime de evasão de divisas²⁰⁶. Da mesma forma, quando a

206 Lei nº 7.492/86. Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: (...) Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a

oneração não é condição da apropriação do *bem onerado*, o *bem dado como ônus* não é necessariamente da mesma qualidade do primeiro. O imposto de renda, por exemplo, sempre pago em moeda, pode ser devido em razão da apropriação de bens imóveis.

Quanto a essa questão, um caso interessante é o da reapropriação dos ônus da propriedade intelectual, que são os royalties e a licença devidos pela reprodução de bens²⁰⁷. Ela pode ou não tornar ilícita a apropriação dos *bens onerados*.

A violação dos direitos da propriedade intelectual costuma ser designada como “contrafação”, que por sua vez eventualmente caracteriza determinados crimes²⁰⁸. A contrafação de marcas, por exemplo, sujeita-se aos crimes dos arts. 189, I, e 190, I, da Lei da Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96)²⁰⁹. Se a propriedade intelectual contrafeita não pode ser destacada separadamente do bem no qual foi aplicada, então o próprio *bem onerado* tem a sua apropriação como ilícita²¹⁰. Em situações como essas, o ônus da propriedade intelectual torna-se uma condição da apropriação lícita do bem.

Parece-nos difícil, porém, estabelecer um critério definitivo que permita identificar quando ou não o ônus se apresenta como condição de apropriação do *bem onerado*. Em tese, será assim se não só o ônus, mas igualmente o *bem onerado*, se apresentarem como *produto do crime*, sujeitos assim ao perdimento. E, como vimos, esse conceito incluiria os bens

saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

207 Não é toda a propriedade intelectual que pode ser entendida como ônus, mas apenas nas seguintes hipóteses: (1) no caso em que a propriedade intelectual protege bens originais – como ocorre com as patentes, cujo objeto é o modelo de utilidade e as invenções (arts. 8º e ss., da Lei nº 9.279/96), e com os direitos autorais (arts. 7º e ss. da Lei nº 9.610/98) –; (2) no caso em que protege o aperfeiçoamento de bens já existentes – como ocorre na proteção do desenho industrial e das marcas (arts. 94 e ss. e 122 e ss., da Lei nº 9.279/96) –. Mas note-se que não podem ser considerados como onerações os sinais oficiais (art. 191 da Lei nº 9.279/96) e as indicações geográficas (arts. 192-194 da Lei nº 9.279/96), pois, de acordo com nossa classificação, são bens cuja apropriação é proibida ou, mais exatamente, são bens de apropriação impedida, a não ser para determinados agentes, que no caso são agentes oficiais ou de determinada localidade geográfica.

208 A contrafação é um termo genérico que designa a “violação dos productos da intelligencia”, comumente chamados direitos da propriedade intelectual. Conforme SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia). Vol. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 792. Ademais A Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/98) no artigo 5º, VII, define contrafação como a reprodução não autorizada.

209 Lei n.º 9.279/96. Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou (...) Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (...) Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou (...). Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

210 Lei n.º 9.279/96. Art. 202. Além das diligências preliminares de busca e apreensão, o interessado poderá requerer: (...) II - destruição de marca falsificada nos volumes ou produtos que a contiverem, antes de serem distribuídos, ainda que fiquem destruídos os envoltórios ou os próprios produtos.

adquiridos diretamente ou indiretamente com o crime²¹¹. Nesse sentido, quando a própria legislação penal – ou as normas cíveis e administrativas subjacentes – especifica quais os bens deverão ser perdidos, a questão está resolvida. A determinação do perdimento do *bem onerado* é um critério suficiente para verificar se o ônus constitui uma condição da sua apropriação lícita. No caso da reapropriação dos ônus da propriedade intelectual, por exemplo, a legislação especifica que os *bens onerados* serão perdidos se deles não se for possível destacar a propriedade intelectual contrafeita. Eventualmente, porém, a questão dependerá de uma análise semântica do tipo penal, que permita auferir se o bem onerado, além do ônus, é também um *produto do crime*.

Isso é especialmente difícil quando o ônus não se refere a produção material do bem e, portanto, não afeta a sua substância. Se for assim, a questão parece estar resolvida, como no exemplo das drogas medicamentosas – sujeitas à Lei de Drogas –, quando não atenderem aos requisitos de composição química e padrão de qualidade. No entanto, há casos em que o ônus não afeta a substância do *bem onerado* e mesmo assim condiciona a sua apropriação. Os cigarros descaminhados, por exemplo, diversamente daqueles se subsumem à figura do contrabando, são bens cuja produção material está de acordo com as regras regulatórias. No entanto, a simples falta de pagamento dos tributos devidos pela sua importação já estabelece a ilicitude da apropriação do bem, que é perdido em favor do Estado. Do mesmo modo, quanto às drogas medicamentosas, existem inúmeras exigências oneratórias que não dizem respeito à substância do bem – como a de escrituração do armazenamento, de acondicionamento adequado, de receita médica para venda e aquisição etc. –, mas que mesmo assim “contaminam” sua apropriação. O fornecedor que se encontre de posse de tais bens sem que eles estejam escriturados ou os venda sem receita médica, ao em tese sujeitar-se às penas do tráfico de drogas, pode se ver despojado desses medicamentos, cuja substância em nada discorda das exigências legais. Em situações como essa, a verificação da questão parece depender de alguma análise semântica do tipo legal.

Nos crimes fiscais, por exemplo, em que a reapropriação dos tributos não afeta a apropriação dos bens onerados, o tipo penal fala apenas em “suprimir ou reduzir tributo”²¹², sem qualquer menção ao bem eventualmente onerado, como a renda auferida. Também as regras que impõem os ônus fiscais não colocam o pagamento dos tributos como condição da

211 Conforme vimos no tópico 5.1.1., produto direto do crime são os bens criados ou adquiridos com a prática do crime e produto indireto são os bens obtidos pela sucessiva especificação ou alienação dos primeiros.

212 Lei nº 8.137/90. Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...).

apropriação lícita do bem onerado. Pelo contrário, eles a pressupõem²¹³. Da mesma forma, existem certos ônus impostos a transação de medicamentos – não os sujeitos a Lei de Drogas – que não condicionam a apropriação dos *bens onerados*. Como veremos a seguir, os medicamentos estão sujeitos a um preço máximo, mas a violação desse ônus – criminalizada conforme certo tipo penal²¹⁴ – não parece condicionar a licitude da apropriação desses medicamentos. Outros ônus eventualmente condicionam, conforme outro tipo penal²¹⁵, que no entanto silencia quanto a inobservância desse ônus do preço máximo.

6.3. Controle penal de bens específicos por modos distintos e justificativas comuns

Os crimes regulatórios e distributivos, como veremos melhor agora, são modos distintos de realizar um objetivo comum, que é o de proteger pessoas em face dos efeitos maléficos ou essenciais de certos bens específicos. Assim como é específica a natureza do bem (coisa ou serviço) mencionado nas inúmeras regras do controle penal regulatório ou distributivo, o Estado apresenta para cada uma dessas regras uma ou mais justificativas específicas e correlatas, relativas aos efeitos particulares de cada um daqueles bens. A criminalização da apropriação das drogas, do aborto e do homicídio, por exemplo, justifica-se pela proteção da saúde pública, da expectativa de vir a nascer dos fetos e embriões humanos e da vida. A oneração da renda, com a tributação, visa garantir os recursos essenciais sem os

213 Veja-se, por exemplo, os impostos em espécie especificados nos arts. 16-75 do Código Tributário Nacional.

214 Art. 2º. São crimes desta natureza: (...) VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor 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; (...) Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego 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.

215 Código Penal. Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (...) § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (...) § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

quais os aparelhos do Estado não se sustentam. Começaremos por expor essas justificativas com exemplos do controle regulatório para, depois, a estendermos ao controle distributivo.

6.3.1. Justificativas do controle regulatório

As justificativas se dividem, primeiro, entre aquelas que visam proteger a própria pessoa que se apropria desses bens e aquelas que objetivam resguardar interesses de terceiros não envolvidos ou não interessados diretamente na apropriação²¹⁶. No caso das drogas, por exemplo, justifica-se a criminalização de sua apropriação tanto pela proteção da pessoa do consumidor quanto pela proteção de terceiros não envolvidos. Alega-se, com frequência, que os usuários adictos tendem à prática de crimes patrimoniais contra terceiros, já que seriam levados a dilapidar seus recursos próprios até o ponto em que não possuam condições de arcar com o vício. Do mesmo modo, afetaria a terceiros quando couber à saúde pública custear o tratamento dos adictos que adoecerem e já não possuírem condições de cuidarem de si mesmos.

As justificativas também se dividem entre aquelas que visam coibir efeitos considerados maléficos de determinados bens e aquelas que visam assegurar os efeitos benéficos e essenciais de outros bens. O caso das drogas é claramente um exemplo de proibição justificada pelos efeitos maléficos. E nos crimes ambientais temos um exemplo da proteção de bens em razão de seus efeitos benéficos essenciais – nesse caso, especialmente para as gerações futuras, cuja qualidade de vida depende da conservação do meio ambiente natural –.

E, finalmente, as justificativas se dividem entre as que consideram efeitos de bens de consumo ou de bens de produção. No caso das drogas, a proibição regulatória refere-se aos efeitos de determinados bens apropriados pelo consumo. Mas não é necessariamente assim. Existem proibições que se justificam em consideração aos efeitos de bens cuja apropriação geralmente ocorre pela produção – ou consumo produtivo, isto é, a produção conforme sua definição material –. Exemplo disso é a criminalização da apropriação da flora nacional preservada – consubstanciada em diversos crimes ambientais (arts. 38 a 53 da Lei nº 9.605/98) –. Aqui a repressão se justifica sobretudo em consideração a determinadas atividades produtivas, como a agropecuária e a silvicultura, que eventualmente conflitam com a

216 FIORENTINI, Gianluca. Organized Crime and illegal markets. [s.l.;s.n.], 1999, p. 446-447. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/8400book.pdf>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

conservação da flora. Em seu estado natural, os bens da flora nacional normalmente não servem ao consumo. Precisam ser extraídos, preparados, transformados em bens intermediários, como tábuas de madeira, que por sua vez serão empregados na produção de bens de consumo propriamente ditos, como móveis domésticos. Além de não servirem ao consumo direto, quando conservados podem implicar na restrição da produção de outros, como de fato as reservas florestais permanentes limitam a produção agropecuária. Tratam-se, assim, de proibições dadas em função dos efeitos de bens apropriados pela produção. Do mesmo modo, a criminalização da apropriação irregular de minérios nucleares ou petróleo – conforme os tipos de crime das Leis nº 6.453/77, arts. 20 e ss. e nº 8.176/91, arts. 1º e 2º – justifica-se sobretudo em vista das atividades produtivas de extração e preparação para o uso industrial desses bens, só indiretamente empregados no consumo propriamente dito.

No limite, as proibições regulatórias justificam-se sempre em consideração à apropriação pelo consumo – o consumo individual, conforme a compreensão material do consumo –, mesmo quando imediatamente dizem respeito a bens cuja apropriação se dá geralmente pela produção. O que se quer, em todo caso, é garantir o consumo de determinados bens essenciais e evitar o de outros, de efeitos maléficos. Só que determinados bens nunca ou raramente são objeto de consumo. Nesses casos, tais bens aparecem como instrumentos ou insumos da produção de outros bens, esses sim consumidos pelas pessoas. Por conta disso, as justificativas regulatórias correlatas tendem a considerar a sua apropriação pela produção. Não há dúvidas, entretanto, de que se trata de evitar o consumo futuro desses bens ou de garanti-lo, em razão da proteção da pessoa do consumidor ou de terceiros não envolvidos nesse consumo.

A ideia de que o controle penal regulatório visa no limite “administrar” o consumo está de acordo com o fato de que ele é o último momento da atividade econômica, o modo de apropriação que dá sentido a todos os anteriores ao estabelecer o objeto final da atividade econômica como um todo. E essa ideia não é contraditória com a definição dos crimes regulatórios a partir da produção. Como diz MUELLER, o consumo é o primeiro momento no planejamento da atividade econômica, mas o último na prática²¹⁷. A produção, por sua vez, é o primeiro na prática, mas o último no planejamento. A produção, ademais, não só é o primeiro como é também o único momento que é estritamente necessário para que possa

217 MUELLER, John D. Op. Cit., p. 20.

haver consumo. Portanto, é um imperativo lógico que a criminalização (*repressão*) do consumo implique na criminalização (*repressão*) da produção.

O inverso, contudo, não é verdadeiro. Por uma questão de política criminal, nem sempre o consumo de um bem cuja produção é criminalizada (*reprimida*) é ele também criminalizado (*reprimido*). Como vimos, o consumo dos bens contrabandeados, por exemplo, não é criminalizado (*reprimido*). E o mesmo se dá no caso de um país descriminalizar o consumo de drogas, sem contudo descriminalizar a sua produção. Nesses casos, o consumo estará sujeito à *ilicitude-de-exclusão*, mas não de *repressão*. Mas como é a *ilicitude-de-repressão* que importa para precipitar a ilicitude originária de um bem, o critério para identificar um tipo de crime que se possa considerar regulatório é verificar se, no seu texto legal, está incluída uma conduta que se possa descrever como produção de um bem (coisa ou serviço) específico. Os crimes regulatórios, desse modo, criminalizam (*reprimem*) ao menos a produção do bem específico. Eventualmente, porém, vimos que podem estender a criminalização (*repressão*) aos modos de apropriação subsequentes, isto é, a doação, a troca e ao consumo, que *a priori* estarão sujeitos tão somente a *ilicitude-de-exclusão*.

Sempre que a regulação implicar na limitação do direito de escolha de um bem cujo consumo se julga essencial ou maléfico, como os órgãos humanos ou as drogas, pode-se considerá-la fruto de certo paternalismo que o Estado encampa, decidindo em lugar das pessoas aquilo para o qual não estariam preparadas ou suficientemente informadas²¹⁸. Dada à essencialidade de órgãos humanos, por exemplo, o Estado limita a atividade econômica a eles relativa, de modo a coibir que alguém se aproveite da situação frágil de outro que deles necessite, exagerando nos preços que se cobriam pela sua venda. Igualmente, as pessoas não estariam suficientemente informadas para avaliar competentemente a qualidade de bens como esses, cujo consumo por vezes é involuntário. Cumpriria ao Estado, portanto, controlá-la e avaliá-la em lugar dos próprios consumidores. Quanto às drogas, por outro lado, o Estado subroga a decisão individual em parte porque supõe que as pessoas façam escolhas contra seu próprio interesse, no caso contra a sua própria saúde.

Outra situação, porém, é a das justificativas que se impõem em razão da proteção de terceiros não envolvidos ou não interessados diretamente na apropriação de certo bem. Aqui já não se trata propriamente de paternalismo. Embora o Estado novamente subrogue-se no lugar do indivíduo, decidindo por ele, ele o faz em nome do interesse de outros indivíduos.

218 FIORENTINI, Gianluca. Op. Cit., p. 446.

Trata-se de justificar a proibição não com base nos prejuízos derivados imediatamente do bem ilícito, sofridos pelo próprio agente da apropriação, mas nos seus efeitos indiretos, que recaem sobre terceiros não envolvidos ou não interessados na apropriação. Na criminalização da apropriação das reservas de mata (arts. 38 e ss. da Lei nº 9.605/98), por exemplo, nos terceiros não envolvidos e não interessados incluem-se até mesmo as gerações futuras, que ainda nem nasceram. E, no caso do homicídio, por exemplo, embora a vítima esteja envolvida diretamente, em relação à apropriação do bem ela é um terceiro nada interessado.

Como vimos, ambos os tipos de justificativas – as que baseiam na proteção do próprio agente da apropriação e na proteção de terceiros – podem se combinar num único caso, como o seria na regulação do consumo de drogas, por exemplo. Da mesma forma, as justificativas que se referem à essencialidade do bem ou a seus malefícios se combinam. É um exemplo interessante dessas combinações os crimes relacionados ao transplante de órgãos. Tal regulação se justifica tanto pela proteção do receptor (consumidor) do órgão, quanto pela proteção do doador, terceiro em relação às pessoas do médico (produtor) e do receptor (consumidor). A proteção do doador se realiza na medida em que a proibição em tese inviabiliza, ou ao menos licitamente, que alguém disponha livremente de sua saúde, integridade física ou mesmo de sua vida em nome do dinheiro que se pagasse num eventual mercado de órgãos. E a do receptor se realiza na medida em que a proibição em tese evita a relação assimétrica entre ele e um eventual fornecedor de órgãos, frente ao qual se encontraria sobremaneira hipossuficiente, por demais suscetível a sua barganha. Aqui a regulação ocorre tanto em função dos malefícios que eventualmente o bem provoque – no caso, para o doador –, quanto em função da sua essencialidade – para o receptor dos órgãos –.

Em suma, as regras “regulatórias” devem ser entendidas como aquelas que Estado impõe sob a alegação de proteger pessoas em face da essencialidade ou do malefício da apropriação – pelo consumo, primeiramente, e da produção, secundariamente, – de bens específicos, seja para a proteção da própria pessoa que se apropria desses bens, seja para a proteção de terceiros não envolvidos ou não interessados diretamente na apropriação.

6.3.2. Justificativas do controle distributivo

Como vimos, a diferença entre o controle regulatório e o controle distributivo está em que, no primeiro, impede-se a apropriação de um bem e, no segundo, obriga-se a desapropriação de um bem em favor de uma segunda pessoa. Além disso, o controle

regulatório precede logicamente o distributivo.

Tanto no controle regulatório como no distributivo, existe a referência a bens específicos e as justificativas são praticamente as mesmas, isto é, proteger pessoas em face de efeitos maléficos ou essenciais da apropriação de um bem. A diferença se estabelece em vista de como essa proteção é realizada. No controle regulatório, o Estado simplesmente proíbe a apropriação. No outro, o Estado obriga a transferência do bem. É esse “como” que determina a diferença entre os crimes regulatórios e distributivos. No primeiro, o “como” decore da autoridade do Estado para dizer, em lugar das pessoas, o que pode ou não ser objeto de apropriação, no segundo, para decidir em lugar delas o que deve ou não ser transferido.

Naturalmente, os *bens a serem dados como ônus* são sempre benéficos para os seus destinatários e a sua essencialidade, aliás, é justamente o que torna a sua transferência obrigatória. Pode ser, no entanto, que além disso os ônus se justifiquem para compensar os efeitos maléficos do *bem onerado*, casos em que, eventualmente, a oneração se torna condição da apropriação dos *bens onerados*.

No primeiro caso, os ônus são impostos tão somente em vista de seus efeitos benéficos e essenciais para os seus destinatários. A apropriação do *bem onerado*, por si mesma, não representa qualquer dano a terceiros. É o caso, por exemplo, do imposto de renda. O *bem onerado* é a renda do trabalhador ou das empresas, as quais em si mesmas são benéficas para todos. Desse modo, o controle distributivo justifica-se tão somente em vista da essencialidade do *bem dado como ônus* para o sustento dos aparelhos do Estado.

No segundo caso, porém, os ônus são impostos também para compensar ou anular efeitos maléficos dos *bens onerados*. Mas não necessariamente, nesses casos, a reapropriação do ônus determina a ilicitude da apropriação do bem. Alguns crimes ambientais, por exemplo, criminalizam a reapropriação de ônus impostos em razão da apropriação de certos bens cuja produção acarreta efeitos maléficos sobre terceiros²¹⁹. Nesse sentido, o ônus transfere um bem essencial a esses terceiros com o fim de compensar ou anular os efeitos ambientais maléficos que resultam da produção do *bem onerado*. Hipoteticamente, é o que se dá com o ônus instalar filtros nas chaminés para reduzir a poluição atmosférica. Mas, no caso dos crimes ambientais, o *bem onerado* não se torna ilícito se o ônus for reapropriado.

Isso reflete tão somente uma opção política do legislador, que em outros casos opta por

219 Lei n.º 9.605. Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (...) § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

criminalizar essa apropriação do *bem onerado*, provavelmente porque considere mais graves os seus efeitos maléficos. É o que se dá, por exemplo, na importação de bens sem o pagamento dos tributos devidos. Não é novidade que os tributos sejam empregados com a finalidade de proteger a indústria nacional contra a importação de bens estrangeiros. Tais tributos são os ônus fixados para compensar ou anular os efeitos maléficos da apropriação de bens pela importação. Se reapropriados tais tributos, porém, não só eles se tornam ilícitos como também os *bens onerados* em questão, que são as mercadorias importadas.

A oneração, para além da própria essencialidade do *bem dado como ônus* a seu destinatário, pode visar a compensação ou anulação dos efeitos maléficos do *bem onerado*, o que eventualmente implicará na ilicitude da apropriação desse bem. Mais do isso, porém, a oneração pode se justificar em vista de assegurar a essencialidade do *bem onerado*, para além do fato de que o próprio ônus já representa a transferência de um bem essencial ao seu destinatário. No caso dos medicamentos temos um exemplo de oneração havida em razão dos efeitos essenciais dos *bens onerados*. Muitos ônus são impostos, assim, para reduzir as desigualdades que eventualmente existam entre os diferentes polos de uma transação econômica, quando uma das partes é hipossuficiente em relação à outra, sendo que geralmente esse pólo mais forte é o vendedor-fornecedor em relação ao comprador-consumidor. É o que se dá, por exemplo, quando o Estado obriga o fornecedor de medicamentos a vendê-los abaixo de um preço determinado, para que ele não abuse da situação urgente em que se encontra aquele cuja saúde depende desse medicamento. A violação desse ônus de vender medicamentos acima de um preço máximo pode implicar em sua criminalização, nos termos do art. 2º, VI, da Lei nº 1.521/51. É o ocorre também quando alguém adquire um bem cuja especificidade, de tão complexa, impossibilita o consumidor mediano de julgar perfeitamente a qualidade desse bem. Então o Estado impõe ao fornecedor um padrão que deve seguir sempre e que não pode ser barganhado na transação, sob pena de se criminalizar a conduta do fornecedor²²⁰. Outros exemplos de ônus impostos para reduzir desigualdades numa transação são típicos da seara trabalhista, onde o trabalhador apresenta-se como polo hipossuficiente da transação. Para protegê-lo, a lei obriga os empregadores a lhes pagarem, no mínimo, um determinado preço para sua força de trabalho. Esse é um bom exemplo de oneração, mas não de um crime de reapropriação, pois há a princípio a violação desse ônus implica tão somente

220 Lei nº 8.137/90. Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...) II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial.

em ilícitos não penais.

A proteção de pessoas em face da apropriação de certos bens ocorre, então, tanto pelo controle distributivo como pelo controle regulatório. Por meio desse último proíbe-se a apropriação de um bem, seja pela violação dos impedimentos que se deve observar, seja pela violação das condições estipuladas, que não são mais do que regras regulatórias combinadas a regras distributivas. Pelas onerações “puras”, entretanto, o legislador se vale de ônus de uma forma menos gravosa, já que sua reapropriação não é uma condição de apropriação do bem onerado. E essas onerações “puras” podem servir ainda tão somente a transferência do *bem dado como ônus*, justificada pela própria essencialidade, sem qualquer pretensão de com isso, reduzir efeitos maléficis ou assegurar efeitos essenciais do *bem onerado*.

Por tudo isso, não são as justificativas (ou objetivos) que diferenciam os crimes regulatórios dos crimes distributivos, senão que o modo pelo qual realizam esses fins comuns: os primeiros o fazem pela imposição da obrigação de abster-se da apropriação de um bem, os segundos pela proibição de transferir gratuitamente um bem.

6.4. O controle de bens específicos superposto ao de bens genéricos

Tanto o controle regulatório como o distributivo – que juntos conformam o controle penal de bens específicos – podem ser utilizados, cada um a seu modo, para assegurarem antecipadamente os objetivos que cumpririam ao controle comercial ou concorrencial – as duas formas do controle penal de bens genéricos –.

Como no exemplo dos órgãos humanos, a regulação ou oneração justificada pela essencialidade de bens pode ocorrer em referência ao resultado da exploração mercantil desses bens: ela acresce o “poder econômico” do agente que os comercializa, em detrimento dos consumidores pessoais ou produtivos desses bens. Os minérios nucleares e o petróleo são exemplos desses bens essenciais. Estão sujeitos à forte regulação e oneração imposta pelo Estado, que inclusive os monopoliza, tudo com o fim de garantir a qualidade do bem mesmo ou outras coisas como a modicidade de seu preço e disponibilidade constante, que em tese restariam comprometidos pelo livre exercício do imenso “poder de mercado” que surge em razão da exploração desses bens essenciais.

O monopólio estatal dos minérios nucleares, bem como a previsão de autorizar sua exploração temporária por particulares, consta no art. 21, XXIII e no art. 177, V, ambos da Constituição Federal. As condições, impedimentos e ônus de sua exploração foram fixados

pela Lei nº 4.118/62, pelo seu regulamento, o Decreto nº 51.726/63, e pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), criada por aquela Lei para controlar administrativamente a exploração. Para assegurar a observação dessas normas regulatórias e de oneração, existem inúmeros tipo de crime, como os que *reprimem* as atividades de produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear sem autorização ou para fim diverso do permitido em lei (art. 20 da Lei nº 6.453/77), operar usina nuclear sem autorização (art. 21 dessa mesma Lei) e extrair ou beneficiar minério nuclear sem autorização (art. 24).

Obviamente, entre os terceiros protegidos não se incluem somente os produtores intermediários que empregam bens derivados dos minérios nucleares. Existem riscos na atividade que podem atingir a todos. Porém, desse exemplo queremos destacar aquela justificativa da intervenção que leva em conta a essencialidade de um bem para a produção de outros, o que, da mesma forma, ocorre no controle do petróleo e seus derivados. Segundo o art. 177, I a IV, da Constituição, tratam-se de bens que são objeto de monopólio da União, o que não exclui a sua exploração por particulares, conforme o § 1º daquele mesmo artigo. Em todo caso, há de se observar determinadas normas rigorosas, cuja violação eventualmente implicará na criminalização (*repressão*) da atividade. Essas normas estão registradas, basicamente, na Lei 9.478/97, bem como nas resoluções, portarias e instruções normativas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e B combustíveis (ANP), criada pela referida Lei para controlar administrativa a exploração do petróleo. Não observadas essas regras, pode o agente ver-se sujeito aos crimes definidos na Lei nº 8.176/91, que *reprimem* as atividades de adquirir ou revender derivados de petróleo em desacordo com a lei (art. 1º, I), de usá-los em motores sem observação das condições legais (art. 1º, II) ou de produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização ou em desacordo com a autorização (art. 2º).

O controle específico exercido sobre esses bens já foi muito maior. Até há pouco, recorde-se, o petróleo e seus derivados tinham preços fixados em tabelas oficiais e podiam ser produzidos apenas pelo Estado, diretamente. Hoje – mais especificamente a partir da Lei nº 9.478/97, que revogou o marco legal anterior –, tornou-se possível a sua exploração por particulares e os preços já não são mais tabelados. O controle específico, desse modo, cedeu algum espaço ao controle concorrencial propriamente dito, que no âmbito penal é exercido conforme as Leis que estabelecem os tipos de crime concorrenciais, que veremos adiante. Não se revogou, contudo, todo controle regulatório e de oneração. Na exploração do petróleo, os particulares estão sujeitos a um limite territorial e temporal, cuja violação eventualmente

sujeita o agente a penas criminais. Estão sujeitos, ainda, a certo padrão de qualidade, entre outras condições, que violadas podem acarretar sanções penais, nos termos da Lei nº 8.176/91, em seus arts. 1º e 2º, transcritos acima.

Também os medicamentos – não os sujeitos à Lei de Drogas – têm a sua produção extremamente controlada, sob de pena de se caracterizar o crime do art. 273, § 1º-B do CP²²¹. As condições de sua produção são fixadas pelo Ministério da Saúde, a quem compete autorizar a produção de qualquer medicamento em específico (art. 6º, Lei nº 6.360/76). Mas mais do que isso, controla-se e também a venda de medicamentos, que fica restrita à observação de um preço máximo para cada item específico, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.742/2003, preço esse que é estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), conforme o art. 6º, II da referida Lei²²². A violação dessa condição imposta à troca (compra e venda) de medicamentos pode constituir o crime do art. 2º, VI e parágrafo único, da Lei de Crimes contra a economia popular²²³, embora tudo indique esse crime não seja efetivamente aplicado. De qualquer modo, isso é um exemplo de ônus imposto para antecipar os objetivos do controle concorrencial propriamente dito.

A oneração e regulação, portanto, são utilizadas como meio de cumprir, antecipadamente, os objetivos que cumpririam ao controle concorrencial. A diferença é que a oneração “pura” não condiciona a apropriação do *bem onerado* e, por essa razão, é em tese um modo menos grave de intervenção. Mas, igualmente, é um instrumento apto a antecipar o

221 Código Penal. Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (...) § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

222 A quem interessar, pode-se consultar essa tabela no site do Ministério da Saúde, mais especificamente no seguinte endereço eletrônico: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d01cd9004f4bd2b684a3dcd785749fbd/LISTA+CONFORMIDAD+E_2012-04-17.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

223 Lei nº 1.521/51. Art. 2º. São crimes desta natureza: (...) VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor 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; (...) Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego 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.

controle concorrencial, como ocorre quando o legislador estabelece um padrão de qualidade e preço em que o bem deve ser fornecido.

Situações como essas revelam como o controle penal de bens específicos – regulatório e de oneração – pode ser posto ao serviço do controle concorrencial, possivelmente até o ponto em que o torne supérfluo ou desnecessário, sendo mais do que suficiente para garantir o equilíbrio nas relações econômicas entre fornecedores e clientes, fragilizado pelo fato de que uma das partes se encontra na condição de poder determinar unilateralmente os termos da transação, como o seria em função da essencialidade de bens como o petróleo e os minérios nucleares.

E, finalmente, os crimes regulatórios e distributivos podem ser utilizados para coibir, antecipadamente, o cometimento de expropriações. A lei impõe ao diretor de sociedade por ações, por exemplo, que não transfira bens para si mesmo e que divulgue, regular e detalhadamente, a situação da companhia, sob pena de sanções criminais²²⁴. No primeiro, tem-se a proibição da apropriação de um bem. No segundo, a obrigação de transferir um bem. Ambos se justificam com o fim de evitar ou dificultar, no futuro, uma eventual expropriação fraudulenta dos bens que os acionistas investiram na companhia. Se o administrador não divulga os relatórios exigidos ou transfere bens para si mesmo isso não quer dizer, por si só, que houve uma expropriação, mas tão somente que se violou o dever de observar um ônus imposto pelo Estado em favor dos particulares, a fim de evitar ou reduzir a probabilidade de que ocorra uma expropriação. Outros exemplos semelhantes a esses podem ser vistos na Lei de Crimes Financeiros e na Lei sobre o Mercado de Capitais²²⁵.

224 Código Penal. Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo: (...) § 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembleia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou **oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo**; (...) III - o diretor ou o gerente que **toma empréstimo à sociedade** ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, **sem prévia autorização da assembleia geral**;

225 Lei nº 7.492/86. Art. 2º. Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário. (...) Art. 5º. (...) Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito. Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente. (...) Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados (...) Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários (...) Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação. (...) Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou

Capítulo 7. O controle penal de bens genéricos

Os outros dois últimos tipos de ilícitos, os de expropriação e os de superapropriação, reúnem-se num segundo grande grupo, em contraposição ao primeiro, porque se referem a um bem indeterminado, cuja natureza específica não importa para o controle penal econômico.

7.1. Crimes negociais

O terceiro gênero econômico de crimes corresponde ao momento que denominamos expropriação ou, de forma antitética, aos momentos de troca e doação. Nesses últimos, a vontade livre e consciente do indivíduo impera e é ele quem decide o que fará com os seus bens: se os trocará por outros ou se irá dispensá-los gratuitamente em favor de um terceiro. Quando alguém é expropriado, no entanto, essa vontade do proprietário – a qual terceiros devem se sujeitar – é violada. Nesse sentido, também poderíamos falar em expropriações exclusivamente do ponto de vista civil. Mas as que nos interessam são aquelas reprimidas pelo Direito Penal.

A expropriação criminalizada pode ser clandestina, como o furto (art. 155 do CP), a alteração de limites (art. 161, *caput*, do CP) ou a apropriação indébita (art. 168, do CP); pode ser violenta, como o roubo (art. 157, do CP), a extorsão (art. 158 do CP) ou o esbulho possessório (art. 161, II); ou fraudulenta, como o estelionato (art. 171, do CP) e as outras fraudes do § 2º desse mesmo artigo.

Para que se caracterize uma expropriação, nos termos em que a definimos, não é necessário que o seu agente obtenha um ganho com ela e muito menos que esse ganho seja patrimonial. Basta que a vítima da expropriação sofra alguma redução não consentida no

com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. E, ainda, na Lei nº 6.385/76, confirmam-se: Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros. (...) Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários. (...) Art. 27-E. Atuar, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, como instituição integrante do sistema de distribuição, administrador de carteira coletiva ou individual, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou exercer qualquer cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado junto à autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento. (...).

conjunto dos seus bens econômicos, materiais ou imateriais, cuja apropriação pelo agente da expropriação não seja ilícita do ponto de vista regulatório.

O crime de dano²²⁶, por exemplo, implica numa redução do patrimônio da vítima. Mas essa redução não implica num ganho para o agente do crime. Pode-se dizer, no entanto, que quem comete o dano de alguma forma se apropria dos bens de terceiros. Isso está de acordo com a nossa definição mais geral de “apropriação”, que abarca não somente a apropriação de bens, como a sua dispensação. Nesse sentido, as expropriações podem ser definidas como dispensações involuntárias de bens econômicos.

E quando existe um ganho para o agente da expropriação, pouco importa que ele não seja patrimonial. Suponha-se, por exemplo, que alguém pague os serviços de um psicólogo com um cheque sabidamente sem fundos²²⁷. Nesse caso, o ganho obtido com a expropriação fraudulenta é um serviço puro, intangível ou imaterial.

E, finalmente, importa verificar se o agente, ao cometer a expropriação, se apropria de um bem cuja natureza específica determina a ilicitude dessa apropriação. Nesse caso, a sua conduta se constitui num crime regulatório, não de expropriação. O homicídio, por exemplo, significa uma apropriação da vida, um bem intangível e sob certo aspecto econômico, cuja conservação justifica a criminalização dessa conduta em termos regulatórios.

Outra forma de se verificar o preenchimento desse requisito é indagar-se o bem em questão poderia ser vendido e/ou doado livremente pelo agente que sofre a expropriação. Assim, trata-se de investigar se, ainda que o Direito proteja a apropriação do bem pela vítima da expropriação, não a protege enquanto propriedade no sentido jurídico do termo. É o caso do homicídio, por exemplo, cuja apropriação pela vítima obviamente é permitida, mas não enquanto propriedade.

A diferença entre esses dois modos de se verificar a expropriação em relação aos crimes regulatórios é o ponto de vista adotado: no primeiro, procura-se verificar se a apropriação do bem pelo agente da expropriação constitui um crime regulatório, excluindo-se a ocorrência de uma expropriação se a resposta for positiva. No segundo, indaga-se se a apropriação do bem pela vítima é tutelada enquanto propriedade, no sentido técnico da expressão, novamente descartando-se a hipótese de expropriação se a resposta for positiva.

226 Código Penal. Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia.

227 (Fraude no pagamento por meio de cheque) Código Penal. Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: (...) § 2º - Nas mesmas penas incorre quem: VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

Há casos em que, sob esses dois critérios, a hipótese de expropriação deverá ser descartada, a exemplo das drogas.

Por trás das regras que caracterizam uma expropriação, está um princípio segundo o qual alguém só pode ser privado de sua propriedade se com isso consentir plenamente. A esse princípio, em reminiscência à doutrina civilista do negócio jurídico, chamaremos “negocial” e aos crimes que dele derivam chamaremos “expropriações” ou “negociais”²²⁸.

A definição desse gênero econômico de crimes é sem sombra de dúvidas a mais simples de todas. Além disso, tudo o que dissemos para definir os crimes regulatórios e distributivos servem como limite negativo para a definição dos crimes negociais. Em vista disso, não há porque estender mais a sua análise.

7.2. Crimes concorrenciais

O quarto gênero econômico de crimes corresponde ao momento de concorrência, ou melhor, de superapropriação, que designa os ganhos concorrenciais havidos no contexto do mercado de um bem. Naturalmente, nem toda superapropriação é ilícita, já que a princípio a concorrência é perfeitamente lícita e desejada. Isso faz desse último gênero de crimes o mais complexo de todos, pois nalguns casos será difícil distinguir a partir de que marcos o ganho concorrencial se torna ilícito. Fato é, contudo, que o Direito coíbe determinadas condutas de superapropriação com base em regras que decorrem da autoridade do Estado em coordenar a concorrência, o que chamaremos de “princípio concorrencial”, estabelecendo as condições isonômicas de competição e de equilíbrio entre oferta e demanda, especialmnete quando tal equilíbrio é improvável, dada a hipossuficiência de um dos pólos da transação em relação ao outro.

7.2.1. A concorrência e suas diversas manifestações

²²⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 383-384, onde se lê: “Por negócio deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos jurídicos que o agente pretende e o direito reconhece. [...] A formulação do conceito parte de dois elementos: a) uma vontade particular dirigida à produção de determinados efeitos, com o que as pessoas regulam os seus interesses; e b) o reconhecimento, pelo sistema legal, do poder que os particulares têm de regular, assim, os seus interesses (*autonomia privada*). [...] o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato, seu símbolo.” Confira-se também o seguinte, à p. 388: “O direito reconhece, assim, eficácia jurídica à declaração de vontade individual destinada a produzir efeitos que o agente pretende, principalmente no setor econômico.”

Maria Silvia POSSAS define a concorrência como “um processo de luta por apropriação do poder de compra e garantia de espaço de valorização do capital”²²⁹. É “um processo contínuo, sem término e sem tréguas”²³⁰. Nesse sentido, se aproximaria do que é a seleção natural das espécies e se diferenciaria das competições esportivas, das guerras ou dos concursos, na medida em que esses possuem um fim certo. Mas se assemelharia a eles, e se diferenciaria da seleção natural, por conta de que os agentes da concorrência mercantil podem selecionar as suas estratégias de sobrevivência²³¹.

A princípio, a concorrência abrange a disputa entre os diferentes agentes da comercialização de um mesmo bem. Ela visa assegurar e maximizar o retorno que cada agente espera do seu empreendimento. Numa economia de mercado sujeita à competição, o objetivo de cada um dos agentes conflita com o do outro. Havendo uma pluralidade de fornecedores de um mesmo bem, não só o lucro da sua venda como a recuperação dos investimentos feitos na sua produção estarão sujeitos a incertezas. Se o cliente preferir os bens de outros concorrentes, o investimento feito será perdido. Por isso, os agentes procuram assegurar-se de sua clientela para garantir o retorno esperado.

Mas eles não disputam somente clientes. Disputam também os fornecedores que produzem os insumos dos seus bens, como a força de trabalho, as matérias-primas e os instrumentos de produção disponíveis. Sem eles, nenhum investimento é possível e o maior ou menor sucesso do empreendimento está diretamente relacionado à disponibilidade e ao preço desses bens anteriores²³².

Em vista da possibilidade normalmente existente de que um novo agente ingresse no mercado e desestabilize o nível de competição havido até então, ou da possibilidade de que um agente copie a estratégia do outro, os agentes buscam vantagens que não possam ser generalizadas facilmente, como as economias de escala, o acesso privilegiado a matérias-primas, o patenteamento de novas descobertas tecnológicas e a criação de uma imagem própria e positiva junto a seus clientes. Nesse sentido, os agentes estão sempre procurando criarem ou se aproveitarem de “barreiras à entrada” – ou “barreiras à mobilidade” – de novos

229 POSSAS, Maria Silvia. *Concorrência e Competitividade: notas sobre estratégia e dinâmica na economia capitalista*. Tese de Doutorado. Orientador Luciano Galvão Coutinho. Campinas: Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) – Instituto de Economia, 1993, p. 28.

230 Idem, *ibidem*, p. 25.

231 Idem, *ibidem*, pp. 25 e 26.

232 A concorrência tampouco se resume a disputas no interior de um mesmo setor da economia. Ela se aplica igualmente à disputa intersetorial, em que variados ramos concorrem pelos capitais disponíveis ao investimento. A taxa de retorno, sua estabilidade e sua sustentação ao longo do tempo determinarão o nível de investimentos que um setor econômico receberá em detrimento de outros.

competidores ou daqueles que já atuam num mercado e não dispõem de certas vantagens. Nessa linha, as empresas buscam sempre criar algum monopólio, que normalmente não será do mercado como um todo, mas de algum item do processo de produção e comercialização de um bem. Nesse sentido, POSSA indaga-se: “Como se pode esperar que uma firma concorra sem criar monopólios?”²³³.

As barreiras à entrada, ou à mobilidade, não se esgotam nos obstáculos impostos sobre os agentes que cogitem em ingressar no mercado, mas também à mobilidade de empresas dentro de um mesmo mercado. São vantagens individuais, de diferenciação dos produtores entre si, que abarcam tudo aquilo que permita ampliar ou conservar os lucros, como alterações nos preços, nos custos ou nalguma qualidade acidental do bem²³⁴.

Por tudo isso, os agentes buscam igualmente à “inovação” – ou renovação – de suas estratégias, preferindo àquelas que dificilmente se possam generalizar para os demais concorrentes ou outros que por acaso pretendam ingressar no mercado. “Como na história de Alice, é preciso correr para sair do lugar”²³⁵.

POSSAS resume a sua explicação da concorrência como sintetizando as teorias econômicas da inovação e das barreiras à entrada, o que nos permitiria encarar “o processo de concorrência como baseado na busca por parte das empresas de lucros extraordinários, decorrentes de vantagens competitivas de cunho monopólico”²³⁶.

Essas vantagens competitivas e sua renovação constante não são os únicos mecanismos concorrenciais, pois abrangem também a formação de alianças²³⁷. Os competidores podem ser aliar em prejuízo de outros ou em prejuízo dos consumidores. Mas podem buscar a aliança para evitar a autodestruição ou, então, para facilitar a expansão do mercado para ambos os concorrentes, sem que isso implique necessariamente em prejuízo aos consumidores. Resta evidente, em todo caso, que “numa economia capitalista, ao invés de oposição entre concorrência e cooperação, a última ocorre como parte subordinada da primeira”²³⁸.

O que o agente quer, manejando esses mecanismos, é aumentar o lucro total do seu negócio ou ao menos conservá-lo num determinado patamar por certo período de tempo. Esse objetivo primordial não pode ser atingido sem a consideração desses mecanismos básicos da

233 POSSAS, Maria Silvia. Op. Cit., p. 28.

234 Idem, ibidem, pp. 29 e 42-49.

235 Idem, ibidem, p. 51.

236 Idem, ibidem, p. 35.

237 Idem, ibidem, p. 7.

238 Idem, ibidem, p. 51.

concorrência, especialmente os de diferenciação dos produtores. Ciente disso, o agente os emprega na consecução de seus objetivos.

O que um concorrente faz afeta inexoravelmente aos demais. Por isso, quando um deles é bem sucedido, em regra prejudica os outros. Do mesmo modo, um agente pode obter alguma vantagem concorrencial exclusivamente em razão do insucesso dos outros. Nessa linha, ele pode buscar prejudicar diretamente os seus concorrentes, em vez de alterar suas próprias condições, otimizando-as indiretamente.

O manejo desses mecanismos não é totalmente livre num mercado competitivo. Afinal, qualquer alteração que o agente faça em seu próprio favor pode ser neutralizada pela concorrência. Se os preços aumentam, por exemplo, os compradores procurarão outros ofertantes que vendem o mesmo produto por um preço menor. Mas se o bem em questão não possui um substituto ofertado por outro agente, ou se os demais ofertantes desse bem substituto estão mancomunados com o primeiro ofertante e do mesmo modo aumentaram os preços, o comprador não terá outras opções se não as de adquirir o bem por aquele preço elevado ou desistir de sua aquisição.

Em termos de atingir o objetivo de aumentar o lucro ou conservá-lo num patamar, tudo se torna mais fácil se o mercado de um bem determinado não está sujeito à concorrência. O que antes dependeria de um acordo entre as partes vendedora e compradora, agora se torna praticamente uma imposição unilateral. Com a anulação da disputa entre os fornecedores de um bem, a própria disputa entre determinado fornecedor e um cliente é anulada. Da mesma forma, se não existe disputa entre os compradores de um bem, a disputa entre certo comprador e seus fornecedores deixa de existir.

Por isso, a disputa entre as partes de uma transação espelha a disputa dos fornecedores ou clientes entre si. Quanto maior a disputa por clientes entre os fornecedores de um bem, maior a disputa entre clientes e fornecedores. E o mesmo vale para disputa por fornecedores entre clientes. Isso o cerne do argumento de SALOMÃO FILHO, quando diz que a defesa da concorrência é um instrumento de proteção dos consumidores finais²³⁹.

Assim, a concorrência não se esgota na concorrência horizontal, que é a disputa entre os fornecedores por clientes, ou o contrário. Isso é apenas um estágio ou fase de um mesmo processo que abrange também a concorrência vertical, a disputa entre fornecedores e clientes. Também aqui os agentes se enfrentam em busca de objetivos conflitantes, cada um deles

239 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 36-38.

pretendendo maximizar ou conservar o retorno esperado com a transação de um bem, ou então – o que é mesmo, mas visto do ponto de vista do comprador –, minimizar ou conservar o gasto esperado com a transação de um bem.

Na concorrência vertical se incluem especialmente os consumidores finais. Em tese, essa classe de agentes econômicos seriam os principais beneficiados ou prejudicados pela maior ou menor concorrência a que esteja sujeito determinado mercado.

Como o monopólio absoluto é muito raro, a doutrina jurídica designa esses diferentes graus de monopolização por “poder de mercado”, como veremos. Ele existe quando o agente é capaz de manejar livremente os termos de uma transação, impondo-os unilateralmente. Em vez de ser um “tomador de preços”, o agente torna-se um “ditador de preços”, digamos.

Mas não faria sentido falar em concorrência numa situação em que as relações entre os diversos agentes são previamente definidas, como costumava ocorrer nos primórdios do capitalismo, quando o mercado de bens era privilégio monopolístico concedido pelo governo a uma determinada empresa, a qual naturalmente terminava por fixar arbitrariamente os preços. Do mesmo modo, ainda hoje não faz sentido falar em ilícito concorrencial senão naquelas situações isentas de controle regulatório ou distributivo. Assim, a concorrência ocorre naquela margem de liberdade facultada aos particulares para além do controle penal de bens específicos, previamente fixado.

Conforme Maria Silvia POSSAS, a concorrência é um processo que se dá para além dos “privilégios institucionais”. No ambiente competitivo, os privilégios são somente aqueles “derivados da propriedade dos meios de produção e de vantagens competitivas temporárias”, os quais proporcionam aos agentes um lucro extraordinário que eles buscarão conservar ou renovar²⁴⁰. Antes do capitalismo como o conhecemos, privilégios institucionais eram mais do que comuns. Eles favoreciam alguns concorrentes em detrimento de outros, que as vezes eram pura e simplesmente proibidos de atuar em determinado mercado. Seria esse o caso das guildas medievais e da Companhia das Índias, por exemplo. Sem privilégios institucionais, as vantagens competitivas são apenas temporárias. Porém, mesmo hoje nas economias de mercado capitalistas existem certas regras de funcionamento, subsídios, tributos etc. que terminam por favorecer alguns agentes em prejuízo de outros, embora normalmente não se sejam exatamente de privilégios institucionais, mas sim imposições gerais que se incorporam ao ambiente competitivo. Essas imposições gerais são as que se dão conforme regras que não

240 POSSAS, Maria Silvia. Op. Cit., pp. 3-4, 27, 33-36.

determinam quem serão os beneficiários, mas que condições devem ser atendidas, qualquer um podendo beneficiar-se se cumprir com as condições. Tornam-se, assim, parte do ambiente competitivo²⁴¹. Mas certas imposições gerais, quando atendidas por alguns agentes, tornam-se de alguma forma um privilégio e não fazem mais parte da concorrência. É o caso, por exemplo, de alguns dos objetos da propriedade intelectual, como as marcas e as invenções.

A atuação imediata do Direito sobre a concorrência limita-se, portanto, a aquele espaço de liberdade que se sobrepõe ao ambiente institucional. Nessa seara, realiza-se a proteção da livre concorrência, entendida liberdade de acesso e permanência num mercado. Isso não quer dizer que o Estado proteja algum concorrente em particular. Ele protege a concorrência como um valor institucional, ainda que num caso particular apareça como proteção dos interesses de certos concorrentes. Dessa forma, a proteção da concorrência inclui a defesa dos interesses dos consumidores, que se beneficiam dela. Entre a tutela da livre concorrência e a dos consumidores existe uma instrumentalidade, portanto²⁴².

7.2.2. Três tipos de crimes concorrenciais

De acordo com o que vimos, os crimes concorrenciais são os que prejudicam a livre concorrência em duas frentes: a redução da concorrência e a exploração da situação de concorrência reduzida.

A redução da concorrência pode se dar por meio de condutas exclusionárias, praticadas por um agente em prejuízo de um concorrente horizontal – como um fornecedor contra outro fornecedor ou um comprador contra outro comprador – ou de colusão, que é a aliança agentes, intentada com o objetivo primeiro de excluir do mercado os agentes que dela não participem. Já a exploração da condição de concorrência reduzida ocorre em prejuízo do concorrente vertical: um fornecedor contra um comprador ou vice-versa. Consistem nas condutas exploratórias, que igualmente podem ocorrer por meio da colusão de agentes²⁴³.

Alguns ilícitos concorrenciais caracterizam-se tão somente se existente, como pressuposto ou resultado, o que a doutrina nomeia “poder de mercado”. As condutas

241 Idem, *ibidem*, p. 27.

242 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, pp. 36-38.

243 Essa classificação dos ilícitos entre condutas exclusionárias, exploratórias e colusivas foi extraída de um relatório internacional sobre condutas anticoncorrenciais, que pode ser encontrado sob as seguintes referências: Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies. Prepared by The Unilateral Conduct Working Group. Presented at the 6th Annual Conference of the International Competition Network (ICN). Moscow, May 2007. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2014.

exploratórias, por exemplo, explicam-se tão somente em razão do poder de mercado que pressupõe, isto é, uma situação de concorrência reduzida a tal ponto que permite que um agente imponha unilateralmente sobre outro as condições da transação de um bem. As condutas exclusionárias, por seu turno, ora se caracterizam como ilícitas porque visam o poder de mercado como resultado, ora simplesmente porque o meio empregado é ilícito em si mesmo, independentemente do resultado visado configurar-se ou não como “poder de mercado”.

Nesse sentido, os ilícitos concorrenciais se subdividem em dois grandes grupos: os de concorrência desleal, de um lado, e os de poder de mercado, de outro. É o que SALOMÃO FILHO e Fábio Ulhoa COELHO expõem de forma bastante clara²⁴⁴.

Segundo tal doutrina, os primeiros feririam tão somente os interesses particulares dos concorrentes, enquanto que os segundo atingiriam também o interesse público, constituindo-se por isso em infração contra a ordem econômica²⁴⁵.

Os ilícitos de concorrência desleal, ademais, têm em vista tão somente a proteção da concorrência horizontal, a que se dá entre fornecedores na disputa por clientes ou vice-versa. Já os de poder de mercado protegem também a concorrência vertical, a que se dá na disputa entre fornecedores, de um lado, e clientes, do outro, sendo que entre esses clientes se incluem, especialmente, os consumidores finais dos bens²⁴⁶.

Começaremos a análise pelos mais simples dos crimes de concorrência, que são os de concorrência desleal. Em seguida, passaremos ao estudo dos crimes de poder de mercado, prestando especial atenção ao duplo significado dessa expressão, que é um no caso de condutas exclusionárias e outro no de condutas exploratórias. Isso nos dará, respectivamente, os crimes de dominação de mercado e os de abuso de posição dominante, completando-se assim os três tipos de crimes concorrenciais.

Para a sua compreensão, foi imprescindível recorrer à doutrina jurídica do Direito Econômico e do Direito Civil, onde o tema recebe um tratamento sistemático. Nesse âmbito, os autores tratam os ilícitos concorrenciais como ilícitos em geral, cujas três espécies são suscetíveis, *a priori*, de sanções civis, administrativas e penais simultaneamente. Porém,

244 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, pp. 233-237, e COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. Vol. I. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193. Esse último autor, no texto citado, não distingue dois tipos de ilícitos de poder de mercado. Ele os classifica unitariamente como ilícitos de abuso de poder de mercado. Entretanto, a doutrina de SALOMÃO FILHO, que a seguir reproduzimos, é suficiente para esclarecer a necessidade de distinguir dois tipos de ilícitos relacionados ao poder de mercado.

245 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., pp. 193 e 250-251.

246 Idem, ibidem, p. 194.

como são autores administrativistas ou civilistas, em inúmeras situações a definição das condutas não segue o rigor típico da dogmática penal, cujo preciosismo é mais do que justificável ante a gravidade da intervenção jurídica que disciplina. Para nossos objetivos, contudo, a abordagem desses autores é mais do que suficiente. Ela nos permitirá compreender e apontar satisfatoriamente a diversidade de relações que certos crimes estabelecem com o fenômeno concorrencial e, além do mais, elencar os requisitos mínimos para caracterizar a ilicitude criminal de condutas concorrenciais.

7.2.3. Crimes de concorrência desleal

Tanto na *concorrência desleal* como na *concorrência leal* a finalidade do agente é a mesma: prejudicar os seus concorrentes, arrebatando para ele a clientela (ou os fornecedores) que antes lhes pertenciam. Assim, o que diferencia uma situação da outra não é o resultado da conduta, mas o meio utilizado para obtê-lo²⁴⁷.

Já aí temos outra diferença entre os ilícitos de concorrência desleal e os de poder de mercado. Nesses, o que importa para verificar a ilicitude da conduta não é a ilicitude do meio utilizado pelo agente, senão a do resultado do meio empregado. Nos crimes de poder de mercado, o meio empregado é, a princípio, um meio lícito, mas que vem a dar num resultado ilícito, como veremos.

São ilícitos que “não requerem a existência de poder no mercado por parte do sujeito ativo”²⁴⁸ e a “ilicitude decorre *per se* do comportamento”²⁴⁹. Entretanto, pode ser que um ato de concorrência desleal conduza o agente a obter poder de mercado. É por isso que a concorrência desleal é punida. Trata-se, conforme SALOMÃO FILHO, da teoria da *incipiency* nascida no direito americano, segundo a qual é necessário sancionar os monopólios já no seu início, impedindo a conquista ilegal de clientela, o que possivelmente levaria uma empresa a se tornar monopolista²⁵⁰. Portanto, não é necessário investigar se a conduta leva o agente a algum poder de mercado. “O valor lealdade da competição é aqui protegido, ainda, que a lógica econômica possa indicar no sentido de que aquele ato específico pouca ou nenhuma relevância tem para o mercado”²⁵¹.

247 Idem, *ibidem*, p. 195.

248 Idem, *ibidem*, p. 234.

249 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, p. 235.

250 Idem, *ibidem*, p. 64-65.

251 Idem, *ibidem*, p. 78.

Conforme COELHO, os ilícitos de concorrência desleal diferenciam-se internamente em dois subgrupos: os de concorrência desleal específicos e os genéricos, conforme sejam penalmente sancionados ou não²⁵². Essa diferenciação sistematiza a análise que permite verificar a ilicitude do meio que caracteriza a ilicitude da conduta. Assim, se se trata da concorrência desleal específica, que é aquela penalmente sancionada, basta verificar os tipos penais constantes na legislação pertinente – no caso os do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, a Lei nº 9.279/96 –. Ela define os meios ilícitos que caracterizam a concorrência desleal criminalizada.

Eventualmente, entre os crimes de concorrência desleal se incluirão certas condutas criminalizadas segundo outros tipos penais. É certo que, por uma questão de política criminal, apenas um tipo de crime se aplicará a dada situação. De qualquer modo, isso revela que os crimes de concorrência desleal às vezes não são mais do que outros crimes empregados como meios para obtenção de uma vantagem concorrencial. As condutas criminalizadas conforme os incisos I e II do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial²⁵³, por exemplo, casualmente subsumir-se-iam também as penas dos crimes de calúnia, difamação ou injúria²⁵⁴. O mesmo se dá com as condutas dos incisos III e VIII daquele art. 195²⁵⁵, que se poderiam considerar subsumidas aos tipos de estelionato e contrafação, respectivamente²⁵⁶. A grande diferença é a finalidade específica que o crime de concorrência desleal pressupõe. Obviamente, isso não quer dizer que qualquer crime cometido com essa finalidade seja também um crime de concorrência desleal. Para o ser, deve estar contido de alguma forma naquele rol do art. 195, que estabelece quais os meios ilícitos que, se empregados na concorrência, sujeitam o agente à criminalização por concorrência desleal. Dentre esses meios, aliás, há ilícitos puramente

252 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 196.

253 Lei nº 9.279/96. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

254 Código Penal. (Calúnia) Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime. (...) § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. (Difamação) Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação. (Injúria) Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

255 Lei nº 9.279/96. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; (...) VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave.

256 (Contrafação) Lei nº 9.279/96. Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem: I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular. (Estelionato) Código Penal. Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

civis, como nos parece ser o caso da violação de segredo industrial²⁵⁷, criminalizados tão somente em vista do fim anticoncorrencial que se propõem.

Já a punição civil da concorrência desleal genérica deve atender os critérios do art. 209 da Lei de Propriedade Industrial²⁵⁸. Para COELHO, a concorrência desleal genérica é reprimida apenas nos âmbitos penal e cível²⁵⁹. Mas SALOMÃO FILHO, embora não se valha do termo concorrência desleal genérica, demonstra que ela também pode sujeitar-se a sanções administrativas²⁶⁰, nos termos da atual Lei nº 12.529/11, em seu art. 36, I²⁶¹.

Do que se depreende da leitura de COELHO²⁶², ao menos para os fins de sanção civil, pode haver um ilícito de concorrência desleal sempre que o meio utilizado para obtenção de certa vantagem competitiva configure em si mesmo um ilícito de qualquer natureza – civil, administrativo ou penal – cometido com fins anticoncorrenciais, independentemente de qualquer previsão típica. Isso pode incluir os crimes regulatórios, distributivos e negociais, que já seriam ilícitos por outras razões penais, e que então serão igualmente ilícitos cíveis em vista da finalidade a que se prestarem no ambiente concorrencial. Os crimes tributários, por exemplo, dão ao agente da sonegação fiscal uma vantagem frente a seus concorrentes quando significam a diminuição de custos comuns aos agentes de um mercado, como ocorre também nos crimes contra os consumidores, cuja proteção não raro exige o dispêndio de recursos por parte dos fornecedores²⁶³. Da mesma forma, o homicídio pode ser um ilícito civil de concorrência desleal se for cometido contra um concorrente, com o fim de se obter alguma vantagem competitiva num mercado. Por isso, não é possível determinar exaustivamente

257 Lei nº 9.279/96. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude.

258 Lei nº 9.279/96. Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

259 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 193.

260 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, pp. 234-235.

261 Lei nº 12.529/2011. Art. 36. 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.

262 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., pp. 200-201.

263 Por exemplo o crime de não incluir alertas nas embalagens de produtos eventualmente nocivos, descrito no art. 63 do Código do Consumidor, a Lei nº 8.078/90, ou o crime de não observar certas normas de cuidado na execução de serviços de alta periculosidade (art. 65), ou o de empregar peças usadas na reparação de bens, sem a autorização do consumidor (art. 70).

todos os ilícitos de concorrência desleal nessa segunda acepção, que abrange qualquer conduta ilícita já por outras razões e agora também porque praticada com uma finalidade anticoncorrencial.

7.2.4. Crimes de poder de mercado: dominação de mercado e abuso de posição dominante

Os ilícitos de poder de mercado, já antecipamos, se subdividem em dois grupos: os de dominação de mercado e os de abuso de posição dominante. O poder de mercado está presente em ambos. Nos primeiros aparece como ponto de chegada, nos segundos como ponto de partida. Isso está de acordo com o fato de que aqueles punem a sua conquista e esses punem o seu abuso.

Mas o poder de mercado assume um significado distinto em cada caso. Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, o que importa para caracterizar os ilícitos de abuso de posição dominante são os “critérios de identificação” do poder de mercado. Já para caracterizar a dominação de mercado importa os “critérios de sancionamento” desse poder. Essa distinção põe em evidência o fato de que nem todo poder de mercado é ilícito.

Quanto à identificação do poder de mercado, é preciso observar, primeiro, que ele é mais do que uma simples restrição da concorrência. Essa restrição deve ser relevante ou substancial ao ponto de conferir ao agente algum poder de mercado, caso em que ele, frente a seus concorrentes verticais, poderá nalgum grau determinar unilateralmente os termos da transação de um bem.

Seu conceito não se confunde com o do monopólio, pois é perfeitamente concebível que mais de um agente, num mesmo mercado, detenha esse poder. Ou então, nesse mesmo mercado pode haver outros concorrentes sem esse poder. Em todo caso, o agente detentor dessa condição é aquele que pode, sozinho, alterar as condições da transação de um bem, em prejuízo direto dos seus clientes e indireto dos seus concorrentes horizontais.

Normalmente, o que um agente faz tem pouquíssima relevância para determinar a quantidade total ofertada de um bem ou o seu preço. Se ele reduz a oferta de bens, outro concorrente passa a produzir mais e ocupa o seu lugar. Se ele aumenta os preços, os consumidores migram para outros agentes. Desse modo, numa situação que se poderia denominar “concorrência perfeita”, os agentes tomam as condições dadas no mercado e pouco ou nada podem fazer para sozinhos alterá-las. As pretensões de uns são facilmente anuladas pela ação de outros.

Segundo SALOMÃO FILHO, às vezes a doutrina quer limitar esse poder à capacidade de aumentar preços pela redução da oferta de um bem²⁶⁴. Em situações como essas, o agente opta por uma baixa participação no mercado, reduzindo a oferta de bens e provocando, assim, um aumento dos preços, em vista do que logra aumentar a margem de lucro obtida em cada transação individual. Mas essa seria apenas uma das manifestações do poder de mercado, que da mesma forma se revelaria quando o agente opta por uma maior participação no mercado, aumentando a oferta de um bem e provocando, assim, a queda de preços e da margem de lucro numa transação específica, o que por sua vez é pelo menos em parte compensado pelo aumento do lucro total.

O que caracterizaria o poder de mercado, então, seria a possibilidade de escolher entre uma ou outra dessas alternativas: menor participação no mercado e maior lucratividade, ou maior participação no mercado e menor lucratividade.

O poder de mercado tão pouco se restringiria ao lado da oferta, pois ele pode igualmente realizar-se na indução da redução de preços pela redução da demanda de um bem. Essa capacidade está presente nos oligopsônios, que são a restrição da concorrência entre compradores de bens. Nessa situação, como o número de agentes que demandam um bem é restrito, eles podem determinar em que termos adquirirão os bens de que necessitam. Podem reduzir a quantidade demandada e, assim, provocar uma baixa dos preços dos bens que a eles são fornecidos por terceiros.

Em síntese, o poder de mercado apresenta-se com a capacidade de determinar unilateralmente os próprios lucros ou o percentual de participação no mercado, seja em vista da oferta ou da demanda, seja a partir da determinação dos custos, dos preços ou das quantidades negociadas.

Quanto às origens do poder de mercado, a doutrina aponta que ele não decorre apenas da participação percentual que um agente detém em determinado mercado. Aliás, antes disso, é preciso que se tenha verificado exatamente qual o mercado em questão, isto é, de que produto se trata. Esse seria o critério substancial. Depois, deve se estabelecer um limite geográfico. A soma dos critérios substancial e geográfico vem a dar no que a doutrina chama “mercado relevante”²⁶⁵. Só então vem a questão de se determinar a participação percentual. Mas não acaba aí a verificação do poder de mercado. É preciso ainda de um critério temporal,

264 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 82.

265 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, p. 97.

que segundo SALOMÃO FILHO, consistiria nas barreiras à entrada, entendidas como a restrição à potencial entrada de novos agentes no mercado.

Existe uma série de nuances e discussões a serem levadas em conta para determinar o poder de mercado²⁶⁶. Uma discussão aprofundada sobre as suas origens seria fundamental para esgotar o tema, uma vez que abordaria justamente os fatores que permitem verificar quando uma conduta pode ou não resultar em poder de mercado numa situação concreta. Mas, nesta pesquisa, tomaria um tempo demasiado e, além disso, supérfluo em vista de nossos objetivos. Basta-nos apreendê-lo conforme as características gerais de sua manifestação concreta, isto é, os poderes que ele confere ao agente.

O primeiro critério, então, para verificar a ilicitude da conduta de dominação de mercado, é indagar-se se ela é apta para atingir o poder de mercado numa situação concreta. Só isso, contudo, não será suficiente. É necessário, ainda, que inexistam quaisquer justificativas cuja consideração permitiria tolerar o poder de mercado nessa mesma situação. Nesses termos, trata-se de verificar os critérios de seu sancionamento²⁶⁷.

Essas justificativas, que podem ser concorrenciais ou extraconcorrenciais, nada mais são que autorizações legais do poder de mercado. Conforme SALOMÃO FILHO, essas justificativas consistem em “restrições instrumentais” da concorrência^{268 269}. Noutras palavras, elas viabilizam alguma “monopolização” lícita, tolerada pelo Estado, pois justificada sob outros aspectos²⁷⁰.

As justificativas concorrenciais determinam que se tolere a relativa monopolização da economia em vista de que ela, numa situação concreta em particular, significa um aumento da competitividade, apesar de restringir o número de concorrentes ou a sua mobilidade. Seria esse o caso, por exemplo, se mais um agente alcança o poder de mercado onde antes só havia um agente dominante, todos os outros sendo concorrentes menores²⁷¹.

266 Para um aprofundamento no tema, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, pp. 81 e ss.

267 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, pp. 149 a 152.

268 Idem, *ibidem*, pp. 317-318.

269 Dessa forma, conforme SALOMÃO FILHO, os critérios de sancionamento do poder de mercado, em resumo, são a aplicação de uma “regra da razão” às restrições concorrenciais. Não bastaria verificar formalmente a conduta de restrição para caracterizá-la como ilícita. É necessário que ela passe por essa regra da razão, segundo a qual a restrição, para ser ilícita, deve ser relevante e substancial, além de injustificada. Só então se pode presumir que a conduta tenha objetivos anticoncorrenciais. A regra da razão, desse modo, é uma garantia da legalidade da punição administrativa, dividida em duas partes: uma é o poder de mercado e a outra as justificativas concorrenciais e anticoncorrenciais para o ato. Ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 71.

270 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, pp. 56 e ss.

271 Idem, *ibidem*, pp. 157-160.

Conforme as justificativas extraconcorrenciais, por sua vez, o poder de mercado deve ser tolerado porque, apesar da restrição da competitividade, no caso concreto ele é compatível com outras finalidades do Estado, tal qual a maior eficiência dos agentes ou o desenvolvimento econômico e social, como o melhor aproveitamento dos recursos naturais, ganhos tecnológicos, melhores salários para os trabalhadores e bens de melhor preço e qualidade para os consumidores²⁷².

Nesses termos, os ilícitos de dominação de mercado são aquelas condutas cujo resultado, atingido ou atingível, é um poder de mercado para o qual inexistem quaisquer justificativas. Não se trata de um ilícito *per se*, como o é a concorrência desleal²⁷³. É o que se dá, por exemplo, nos cartéis ou na prática de preços predatórios, utilizados para excluir outros concorrentes do mercado. A prática de cartel é criminalizada no art. 4º, II da Lei nº 8.137/90²⁷⁴. A prática de preços predatórios, por sua vez, vinha criminalizada no mesmo art. 4º em seu inciso VI²⁷⁵. Hoje, porém, ao menos no que depender da referida Lei a conduta teria sido descriminalizada. Não obstante, ainda está tipificada na Lei de crimes contra a economia popular, no art. 3º, V²⁷⁶, dispositivo que não foi expressamente revogado.

Vale anotar, quanto aos cartéis, que eles se tratam de uma cooperação de agentes e, na linha de tudo o que dissemos, não será qualquer cooperação que será proibida. Portanto, conforme SALOMÃO FILHO, as diversas formas de cooperação não são ilícitos *per se*. É preciso demonstrar que, numa situação concreta, alguma forma de cooperação resulte ou possa resultar em poder de mercado e que, além disso, não exista justificativa para tolerá-lo. O cartel, sem poder de mercado, de nada se beneficia ao fixar preços e quantidades

272 Sobre as diferenças entre tolerar-se o poder de mercado por eficiência ou por política industrial e social, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, p. 33-35 e 153. A eficiência existe quando o agente, basicamente, consegue produzir mais com menos. Da mera eficiência do agente, porém, não decorre a distribuição de seus ganhos com os consumidores, que podem simplesmente serem apropriados pelo detentor de poder de mercado. A existência da concorrência, nesse sentido, garantiria a preocupação constante dos agentes econômicos com a redução dos preços, da melhoria da produtividade e qualidade dos bens. No texto citado, SALOMÃO FILHO questiona o uso da eficiência como justificativa exclusiva para tolerar-se o poder de mercado. Em todo caso, ainda que seja tolerado com base exclusiva na eficiência, coíbe-se o seu abuso justamente para evitar desequilíbrios arbitrários na apropriação dos ganhos de eficiência. Esse papel compete aos ilícitos de abuso de posição dominante.

273 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, p. 234.

274 Lei nº 8.137/90. Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: (...) II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

275 Lei nº 8.137/90. Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: (...) VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. O dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.259/11.

276 Lei nº 1.521/51. Art. 3º. São também crimes desta natureza: (...) V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

produzidas. Ao contrário do esperado, levará os agentes a perderem mercado para os demais concorrentes. E ainda que venha a dar no poder de mercado, a cooperação se justificaria se, no caso concreto, trouxesse progresso tecnológico ou a melhora da eficiência das empresas^{277 278}.

O mesmo ocorre com a prática de preços predatórios. A princípio, baixar os preços é uma conduta extremamente saudável do ponto de vista concorrencial, porque força a competição e é do interesses dos consumidores. E, nesse caso, a exclusão de alguns agentes é um resultado natural mais do que compensador. Entretanto, se a conduta for praticada com a finalidade de excluir esses agentes até o ponto em que se atinja o poder de mercado e não houver nenhuma justificativa para tolerá-lo na situação concreta, a conduta será ilícita²⁷⁹.

Não é tarefa fácil determinar *a priori* todos os casos em que condutas como a cooperação ou a redução de preços, práticas mercantis usuais, serão ilícitas em vista de proporcionarem um poder de mercado injustificado. Só a verificação do primeiro estágio da regra, que exige a produção de poder de mercado, já é por demais complexa. Para piorar, existem critérios voláteis, dependentes da política econômica adotada em determinado contexto histórico e regional, que podem num caso desautorizar a conquista desse poder, noutra cancelá-la. Por ora, todavia, nós não pretendemos avançar para além do reconhecimento dessas características gerais.

Já os ilícitos de abuso de posição dominante, por sua vez, designam a ilicitude das condutas que signifiquem um abuso do poder de mercado já conquistado, em prejuízo dos concorrentes verticais²⁸⁰. Aqui, portanto, ele é um pressuposto, não um resultado da conduta.

277 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, p. 319.

278 Idem, ibidem, p. 319-320.

279 Para a compreensão de quando a redução de preços pode ser caracterizada como predação, bem como das dificuldades de verificá-la, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas, pp. 159 e ss.

280 Para SALOMÃO FILHO, o abuso de posição dominante, a rigor, se daria apenas em prejuízo dos consumidores, pois quando exercido contra outros concorrentes verticais, o que ele concebe, configuraria na verdade dominação de mercado [SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, pp. 147 e 236. Diversa é a posição de PEGO [PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. A posição dominante relativa no Direito da Concorrência. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 55 e ss.]. O que parece estar em jogo, no fim das contas, é a extensão do que se entende pelo mercado a ser dominado, isto é, qual o “mercado relevante” em questão. Se esse mercado inclui os insumos de certos bens, pode-se considerar que o agente que comercializa esse último domina o mercado ao abusar de eventual posição de poder que detenha em relação ao fornecedor daquele insumo. O agente que só tem um comprador para as matérias-primas que fornece, por exemplo, estaria sujeito a ser “dominado” por tal comprador. Mas essa discussão depende, portanto, do conceito de “mercado relevante”, cuja análise aprofundada já postergamos para um futuro trabalho. Por ora, ficaremos com a opção de que o abuso de posição dominante é o que se dá entre concorrentes verticais consumidores ou não. Afinal, a própria definição do poder de mercado se dá pela apreensão de uma certa configuração de poder entre concorrentes verticais.

A expressão “posição dominante”, nesse sentido, seria tão somente a forma pela qual a legislação se refere ao poder de mercado como pressuposto²⁸¹.

Já havíamos anotado que nem todo poder de mercado é ilícito. O abuso também pode se dar a partir do poder de mercado conquistado licitamente. A rigor, portanto, isso não importa para a caracterização do abuso de posição dominante, pois não é a licitude de sua conquista que está em questão, mas a do seu uso. Então, basta identificar-se o poder de mercado²⁸².

Mas vale acrescentar o seguinte. Como vimos, somente é ilícito o poder de mercado cuja conquista é injustificável do ponto de vista concorrencial ou extraconcorrencial. O que essas justificativas procuram apurar, noutras palavras, é se a conquista do poder de mercado numa situação concreta torna presumível o uso abusivo desse poder²⁸³. No caso dos ilícitos de dominação de mercado, porém, esse uso abusivo não chega a se concretizar porque a intervenção punitiva se antecipa a ele. Ao verificar que determinada conduta conferirá ao agente um poder de mercado injustificável, seja do ponto de vista concorrencial ou extraconcorrencial, presume-se que haverá o uso abusivo desse poder²⁸⁴. Naturalmente, não é apenas a prevenção do abuso que justifica a intervenção estatal. Considera-se, igualmente, o fato de que não há razão para tolerar a exclusão de concorrentes horizontais se ela favorece um provável abuso de poder de mercado. Já no caso dos ilícitos de abuso de posição

281 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, p. 234. Note-se que, no caso de o abuso de posição dominante se dar com o fim de se obter ainda mais posição dominante, para SALOMÃO FILHO, trata-se novamente de um ilícito a ser classificado como dominação de mercado. Como exemplifica o autor, isso pode ocorrer na negociação compulsória, mais especificamente na venda casada, quando um agente obriga o outro comprar um segundo bem para obter um primeiro que lhe é imprescindível, sendo que esse segundo bem ele poderia obter de outro concorrente, que agora se vê prejudicado [SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*, pp. 219-222].

282 Há quem questione o conceito de poder de mercado como critério para verificar o abuso de posição de dominante. Nesse sentido, busca-se diferenciar a posição dominante “absoluta” do que seria uma posição dominante “relativa”, que explicaria melhor o abuso contra concorrentes verticais. Para explicar esse abuso em certos casos, o conceito de poder de mercado, no que depende do conceito de “mercado relevante”, precisaria ser distorcido sobremaneira. Nesses casos especiais pode haver o mesmo efeito do poder de mercado sem, contudo, que ele se configure propriamente, em vista de que se trata de uma limitação restritíssima de produto, tempo ou espaço. Para isso serviria o conceito de “dependência econômica”, havida, por exemplo, quando inexistisse alternativa para o produtor de um bem a não ser vender para um comprador determinado, isso porque o primeiro se especializou em produzir peças para o fabricante de um bem de determinada marca, aquelas peças servindo tão somente para a produção desse bem e mais nenhum outro. Se nesse exemplo quiséssemos ver algum poder de mercado, sua definição seria demasiadamente artificial. Deveríamos restringi-lo ao mercado dessas peças específicas, onde obviamente o comprador dominante possuiria 100% do mercado, ainda que na prática a sua marca tenha participação ínfima no mercado do bem em tela. Em vez de verificar um mercado específico, que seria restritíssimo, bastaria verificar a dependência econômica [PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *Op. Cit.*, pp. 87 e ss.]. Porém, mais uma vez, adentrar ao tema requer o estudo do conceito de “mercado relevante”, o que nesta oportunidade não faremos. Para todos os efeitos, deixamos anotados os próximos passos que dependem desse estudo.

283 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, pp. 71-72.

284 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, pp. 235-236.

dominante, o comportamento abusivo não precisa ser presumido. Ele é um dado, um pressuposto, não o resultado provável da conduta²⁸⁵. Por isso, são necessários apenas os critérios de identificação do poder de mercado.

Exemplo de abuso de posição dominante são a sonegação de oferta, a discriminação de clientes e o açambarcamento, art. 7º, I, VI e VIII da Lei nº 8.137/90²⁸⁶. O aumento arbitrário de preços era exemplo de abuso de posição dominante, no art. 4º, VII da Lei nº 8.137/90²⁸⁷, como ainda o é no âmbito administrativo, segundo SALOMÃO FILHO²⁸⁸, em vista do inciso III do art. 36 da lei atual²⁸⁹. Na verdade, a elevação arbitrária de preços não se realiza apenas com o aumento de preços. Ela ocorre, igualmente, quando o agente detentor de poder de mercado obriga o comprador a adquirir um segundo bem para obter um primeiro. Trata-se da hipótese de “venda casada”, sujeita a punição administrativa, conforme o inciso XVIII do § 3º do citado art. 36²⁹⁰.

A exemplo do poder de mercado, nem todo exercício desse poder é ilícito, senão apenas o que se possa considerar como uso abusivo, desviado ou anormal, o que se mede pelas consequências do uso do poder de mercado sobre os demais concorrentes²⁹¹.

Como se pode ver nos exemplos, as condutas num caso qualificadas como abuso de posição dominante noutra situação não seriam mais do que práticas normais da atividade mercantil, como reduzir ou aumentar preços ou decidir ou não realizar uma venda. Em ambos os ilícitos de poder de mercado, portanto, o meio não é ilícito em si mesmo. Por isso a avaliação da ilicitude da conduta depende totalmente da ilicitude de seu resultado²⁹², diversamente do que ocorre na concorrência desleal, em que o resultado absolutamente não

285 Idem, *ibidem*, p. 235.

286 Lei nº 8.137/90. Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; (...) VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação; (...) VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

287 Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. Revogado pela Lei nº 12.529/2011.

288 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, pp. 76 e 94-95.

289 Lei nº 12.529/11. Art. 36. 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: (...) III - aumentar arbitrariamente os lucros.

290 Lei nº 12.529/11. Art. 36. (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XVIII - 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.

291 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*, p. 111.

292 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, pp. 226-227 e 212-214.

importa e as condutas são ilícitas em si mesmas²⁹³. Já aqui a ilicitude dependerá do resultado atingível ou atingido: o poder de mercado injustificado, nos ilícitos de dominação, e os efeitos abusivos do uso desse poder, nos ilícitos de posição dominante. E nesse último caso, mais uma vez, a determinação do ilícito deve observar critérios bastante complexos e voláteis. SALOMÃO FILHO defende, por exemplo, que o uso abusivo não possa ser determinado senão em vista da essencialidade do bem cujo fornecimento está sujeito a alguma posição de poder²⁹⁴, o que acrescentaria, portanto, ainda mais essa dificuldade consistente na verificação da essencialidade.

Como no caso da definição de poder de mercado, resta-nos acatar por enquanto tão somente uma definição provisória do que configure a ilicitude em ambos os crimes relacionados a esse poder. Uma definição que sirva ao menos para organizar o estudo da matéria, sem maiores pretensões, e que permita vislumbrá-la como um todo em suas características gerais. Frise-se, porém, que essa dificuldade parece ser cada vez mais reconhecida pelo próprio legislador, cuja tendência na seara concorrencial tem sido a descriminalização de condutas²⁹⁵, relegando-as à esfera administrativa apenas, em que há órgãos especializados na matéria, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, em consonância com a Lei nº 12.529/11.

7.2.5 Crimes concorrenciais como apropriação de vantagens competitivas e lucros extraordinários

Como vimos em POSSAS, a concorrência caracteriza-se como a luta pela apropriação do poder de compra dos consumidores, o que se dá por meio da criação de vantagens competitivas que não sejam facilmente generalizáveis. Isso proporcionaria ao agente um lucro extraordinário, decorrente do “monopólio” de um item do processo produtivo de um bem. Esse “monopólio” a que se refere POSSAS quer dizer tão somente aquelas vantagens “não facilmente generalizáveis”, que podem ser a construção de uma imagem positiva do agente junto aos consumidores, o ganho de inovação tecnológica, a economia de escala, o acesso privilegiado a matérias-primas etc. Pode ser uma informação, um modo de produzir, de

293 Idem, *ibidem*, pp. 248-250.

294 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*, pp. 111-118.

295 Descriminalização efetuada conforme a Lei 12.259/11.

organizar a produção ou qualquer coisa que permita ao “monopolista” tirar algum proveito²⁹⁶. Tudo isso abarca-se no que POSSAS designa por diferenciação dos produtores e que, juntamente à renovação constante dessas estratégias e à aliança entre os agentes, conforma os mecanismos utilizados na luta concorrencial.

Ao longo deste tópico, com o auxílio da doutrina jurídica nós acrescentamos algumas coisas a essa primeira definição de concorrência dada por POSSAS, como a consideração de que o fenômeno se dá também entre concorrentes verticais e que, entre esses, se incluem clientes não consumidores, como também se incluem os fornecedores. Mas isso são apenas ajustes secundários da definição, que não a comprometem. Agora, importa retomá-la para explicar brevemente, nos termos dela, o papel desempenhado pelos diferentes crimes concorrenciais.

Nesse sentido, os ilícitos de concorrência desleal seriam justamente as alternativas ilícitas que se somam as estratégias de diferenciação pelas quais o agente obtém alguma vantagem competitiva e, nessa linha, um lucro extraordinário.

Os ilícitos de poder de mercado, por seu turno, não são mecanismos ilícitos de obtenção de vantagens competitivas e do lucro extraordinário. A aqui não é o meio utilizado para atingir esses resultados que torna a conduta ilícita, senão a ilicitude desses próprios resultados.

No caso da dominação de mercado, digamos, é o próprio “nível” de “vantagens competitivas de cunho monopolístico” conquistado que é ilícito, porque é relevante e substancial ao ponto de conferir o chamado poder de mercado e porque, além disso, é injustificado, convertendo-se uma situação empresarial cujo abuso seja presumível. Já no abuso de posição dominante, é o próprio lucro extraordinário que é ilícito, porque excessivo e decorrente do uso injustificado do poder de mercado frente aos concorrentes verticais, mormente os consumidores²⁹⁷.

Tantos nos crimes de concorrência desleal como nos de poder de mercado, o bem econômico remanescentes será, direta ou indiretamente, o lucro extraordinário que deles resulta. A princípio, as vantagens competitivas são apenas um instrumento para obtenção desse fim. Mas não se pode desconsiderar que as próprias vantagens competitivas sejam um bem econômico e que, inclusive, eventualmente sejam suscetíveis de uma avaliação monetária.

296 Conforme já referido, POSSAS, Maria Silvia. Op. Cit., p. 29.

297 Sobre a excessividade dos lucros extraordinários resultantes do poder de mercado, veja-se SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas, pp. 94-97.

É fácil conceber que essas vantagens adquiram um valor monetário, por exemplo, quando se avalia o preço de uma empresa. Elas apareceriam, digamos, como a “rentabilidade” dessa empresa²⁹⁸.

No caso em que haja um lucro extraordinário atribuível ao ilícito concorrencial, naturalmente haverá a ilicitude da apropriação desse lucro, que é o bem econômico precipitado na ilegalidade em razão da criminalização da conduta. A dificuldade, que por enquanto não enfrentaremos, é a de calcular exatamente o que, do lucro do agente, ou qual o percentual desse lucro, se deve ao ilícito concorrencial. Aliás, tudo indica que, como regra, na esfera penal não existe um interesse prático na verificação desse *quantum*. Ele existe, porém, para os fins de sanção administrativa²⁹⁹, a qual, no que depender da legislação por nós consultada, se sobreporá a todas as condutas anticoncorrenciais criminalizadas.

Mas, quando o ilícito se resumir à conquista da vantagem competitiva, a sua ilicitude determinará o desfazimento da situação empresarial que àquela vantagem corresponda. Isso pode ser concebido, igualmente, como um efeito da criminalização da conduta. O cartel, por exemplo, deverá ser imediatamente desfeito assim que descoberto. Normalmente, porém, na maioria dos casos é a esfera administrativa que se ocupará desta tarefa³⁰⁰.

Para finalizar, vale anotar que a expressão “superapropriação”, que empregamos alternativamente para descrever os ganhos concorrenciais, busca indicar justamente a natureza extraordinária desses lucros derivados de vantagens competitivas de cunho monopólico, bem como indicar a apropriação dessas vantagens, que são um bem instrumental e superposto à obtenção daquele lucro.

298 Sobre a relação do conceito de vantagens competitivas com o de renda, ver POSSAS, Maria Silvia. Op. Cit., pp. 29., 34, 173 e 178.

299 Lei nº 12.529/11. Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, **a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.**

300 Lei nº 12.529/11. Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Conclusão

Vimos que o Direito Penal Econômico é definido como aquele ramo do Direito Penal posto ao serviço da reprodução da “economia”, das “relações econômicas”, da intervenção do Estado no “domínio econômico”, da preservação da “ordem econômica”, enfim. Em todos esses casos, faltou ainda definir o que se entende por “economia”, “relações econômicas”, “domínio econômico” ou “ordem econômica”. É nesse momento que a doutrina revelou pressupor definições “classificadoras” de economia.

Segundo a concepção “classificatória”, que comporta inúmeras variações, existem ações humanas econômicas e outras não econômicas. Nesses termos, há quem distinga, por exemplo, *as trocas* como econômicas e *as doações* como não econômicas. Assim, somente as trocas e o que estivesse circunscrito ao domínio do mercado seria econômico. De fora ficariam, por exemplo, as transferências gratuitas e a produção para o próprio consumo. Outros, mais radicais, limitam o econômico às trocas exclusivamente monetárias. E ainda outros apresentam classificações bem diversas e que pecam em objetivismos ou subjetivismos. Nesse sentido, há os que distinguem como econômicos os *motivos egoístas* e como não econômicos os *motivos altruístas*. Outros focam na diferença entre a *busca do lucro* e as *ações desinteressadas*, ou entre a *riqueza patrimonial (tangível e acumulável)* e as *outras coisas intangíveis e não acumuláveis*, ou ainda entre a *satisfação das necessidades materiais* e a *satisfação das necessidades imateriais* etc. Conforme a concepção classificatória, o procedimento consiste em, primeiro, definir quais são os fenômenos econômicos e, por exclusão, definir os que não o são.

Diversamente dessa concepção classificatória, a concepção “analítica” funda-se na ideia de que todos os fenômenos, ou melhor, todas as ações humanas possuem um aspecto econômico. Nessa linha, não faz sentido separar um grupo de ações como econômico e outro como não econômico.

Esse aspecto econômico consiste num dado de toda ação humana: o de administrar uma relação entre fins humanos ilimitados e meios limitados que podem satisfazer fins alternativos. Dito de outro modo, uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos que admitem usos alternativos.

Assim, primeiro, note-se que a economia não é um fato objetivo, como o mercado ou a riqueza. Nem é também um fenômeno subjetivo, como um motivo altruísta ou egoísta, ou a satisfação de um tipo específico ou outro de necessidade – material ou imaterial –. É um

fenômeno subjetivo e objetivo: a ação humana. E, segundo, registre-se que a economia não é também um tipo específico de ação humana, mas um aspecto comum de toda a ação humana ou, melhor dizendo, toda ação humana é econômica nalgum de seus aspectos, ao mesmo tempo em que noutros é sociológica, jurídica, religiosa, moral, política etc.

Em suma, a economia é a atividade humana concebida como a providência de necessidades ilimitadas por meio de recursos limitados que admitem usos alternativos.

Em linhas gerais, a adoção de concepções classificatórias de economia implica num duplo prejuízo para a dogmática penal: limita seu o diálogo com a ciência econômica, que já não mais sustenta tais concepções, e leva-a as mesmas confusões que motivaram a Ciência Econômica a adotar concepções analíticas, em lugar das classificatórias.

Dentre os prejuízos particulares resultantes da adoção de uma concepção classificatória de economia na dogmática penal, destaca-se que o fato de que isso conduziu a doutrina a um impasse, expresso na dificuldade de chegar a um consenso em torno do objeto ou abrangência do DPE.

A doutrina, quase sempre, preocupa-se em primeiro registrar que o objeto do DPE é um fato imediatamente jurídico e, somente de forma mediata, também um fato econômico. Assim, antes se fala da intervenção do Estado no “domínio econômico”, ou da “ordem econômica” ou ainda do “Direito Econômico”. O objeto do DPE seria, então, tutelar a seu modo essa “ordem”, “Direito” ou a intervenção estatal nesse “domínio”. Alguns param por aí e dão como definida a sua matéria, pressupondo para aqueles conceitos jurídicos definições que não explicitam, como que remetendo o leitor à literatura jurídica complementar – a de “Direito Econômico”, por exemplo –. Outros prosseguem e então falam de economia, em regra para definir o que se deve entender por “domínio”, “ordem” ou “Direito” econômicos. Nesse ponto, poucos se arriscam a dar uma definição precisa. E quando o fazem, revelam partilhar de uma concepção classificatória. Apela para conceitos como o de riqueza, troca, mercado, ou de atividade e bem econômicos, o que por sua vez ou não definem ou o fazem remetendo-se ao mercado, à satisfação de necessidades materiais, à riqueza etc. Dizem que somente esses, e não outros, são fenômenos econômicos. Outros, ao elencarem inúmeros fatos econômicos (ou jurídico-econômicos) de forma aleatória, supondo-os parte do DPE, da mesma forma revelam partilhar de uma concepção classificatória, embora sequer a apresentem explicitamente. É o caso dos autores que fazem uma lista das matérias – como Direito Penal Financeiro, Tributário, Societário, Falimentar, Cambiário, Concorrencial etc. –

que julgam estar incluídas no Direito Penal Econômico, sem um critério explícito para determinar o que deve ser incluído ou não.

A depender de continuar-se a pressupor de uma concepção classificatória de economia, jamais se chegará a algum consenso sobre o objeto e a abrangência da matéria. Não ao menos de um consenso que decorra coerentemente da definição de economia, pois a concepção classificatória não permite esse tipo consenso. Restará apenas a possibilidade de um consenso arbitrário, que restrinja a matéria a um rol eleito à fórceps. Por outro lado, a adoção de uma concepção analítica de economia implicaria em ampliar demasiadamente o objeto do DPE para todo o DP, uma vez que econômico já não seria mais um conjunto de crimes separado de outro conjunto de crimes não econômicos. Econômico seria um aspecto de todos os crimes, uma vez que todos eles são uma atividade humana que providencia a satisfação de uma necessidade por meio de recursos escassos que admitem usos alternativos.

Isso não quer dizer que não exista algo como o que se tem chamado de DPE. A reflexão acima apenas impediria que, o que quer que exista sob aquele nome, possa ser designado por esse nome em particular. Melhor seria, talvez, acolherem-se as designações de Direito Penal Administrativo ou Direito Penal Moderno, enquanto um Direito Penal que se destina a sancionar a desobediência às ordens da Administração Pública ou que emprega técnicas contemporâneas de tipificação de crimes – normas penais em branco, tipos abertos, de mera conduta, sem exigência de dolo específico, com penas exasperadas etc. – e de persecução penal – delação premiada, entrega controlada, infiltração de agentes, quebra de sigilos, ampliação das prisões cautelares, supressão de recursos, inversão do ônus probatório em desfavor do acusado etc. –.

Mas não é nosso objetivo entrar a fundo nessa discussão sob a denominação da matéria, nem tampouco verificar se ela de fato existe. Avançamos somente até o ponto em que foi necessário para demonstrar a impropriedade de se designar por DPE o que talvez melhor se chamasse Direito Penal Administrativo ou Moderno em vista de uma compreensão analítica do fenômeno econômico, segundo a qual a economia não se presta para definir um ramo do Direito Penal – nem qualquer outro ramo –, sob pena de ignorar-se que todo ele tem um aspecto econômico.

Creemos que essa concepção analítica, por sua vez, pode dar uma contribuição significativa para uma nova inserção da Economia na dogmática penal. O aspecto econômico da atividade humana – ou simplesmente, a atividade econômica – tem momentos distintos e, de acordo com isso, podemos analisar o Direito Penal como um todo, subdividindo-o em

gêneros de crimes que correspondam mais ou menos a cada um desses momentos: os crimes regulatórios, que realizam imediatamente o controle penal da produção de bens específicos; os distributivos, que se dão a partir da reapropriação de ônus impostos pelo Estado; os negociais, consistentes em expropriações que violam a liberdade do indivíduo proprietário decidir se quer (e como) trocar ou doar os bens que legitimamente possui; e, enfim, os concorrenciais, que realizam o controle da apropriação de vantagens competitivas e lucros extraordinários no contexto da concorrência mercantil. Assim, inserimos novamente a economia na dogmática penal, desta vez não para distinguir uma parte econômica do Direito Penal, mas os distintos modos pelos quais todas as partes do Direito Penal são econômicas.

Para desenvolver a hipótese, procuramos na literatura econômica um ponto de partida e o encontramos naquele “esquema” de produção, troca, distribuição etc. Mas, obviamente, nem sempre a realidade se adequa a tal simplificação, cujo objetivo não é reproduzi-la como um espelho, senão ser apenas uma metáfora ou caricatura sua. Enfim, algo que a torne minimamente compreensível e sujeita à reflexão crítica.

Nós poderíamos, quem sabe, optar por outros “esquemas” e conceitos econômicos para sistematizar, ilustrar e expor nossa proposta de relacionar a economia (analiticamente entendida) e o Direito Penal. Pode haver outras formas de fazê-lo que não a partir dos momentos econômicos? A princípio sim, só não a vimos ainda. E, ademais, ela nos pareceu perfeitamente compatível com uma reflexão interdisciplinar entre Economia e Direito, consoante nosso propósito de tornar o “economês” palatável ao jurista e de não desconsiderar sua tradição própria, senão de incluí-la igualmente no resultado.

Talvez um dia achemos uma razão definitiva para sustentar esse paralelismo entre momentos econômicos e formas de controle penal, ou então o abandonemos. O estudo, no entanto, permanecerá importante na medida em que avançou no sentido da adoção de uma concepção analítica de economia para o Direito Penal, com as aplicações práticas e teóricas que se tornam plausíveis para estudos futuros.

Nesse sentido, uma possibilidade que se nos abre é a de reavaliar o próprio conceito de ordem econômica, propondo uma definição alternativa àquela que é dada pela dogmática penal. Proporíamos um conceito analítico de ordem econômica, entendido dessa vez não como um conjunto de princípios que rege uma suposta esfera “econômica” da vida – contraposta a outra “não econômica” –. Essa ordem, no que interessa ao controle punitivo, seria algo como a junção daqueles princípios que fundam um modo ou outro de controle penal, isto é, os princípios regulatório, distributivo, negocial e concorrencial. Mas, por enquanto,

basta-nos rejeitá-lo em consideração aos termos em que é apreendido pela doutrina penal, que o torna um conceito vazio de sentido porque dependente de uma concepção classificatória de economia. Além disso, descartada por essa razão a viabilidade do conceito de ordem econômica, resta um vazio na dogmática quanto ao bem jurídico do que quer que se reúna sob esse nome impróprio de Direito Penal Econômico. Então, no campo específico da dogmática penal, poderíamos desenvolver um estudo sobre esse bem jurídico faltante.

Também concebemos realizar um estudo unitário sobre o tratamento punitivo do ilícito em geral, nas esferas cível, criminal e administrativa. Parece-nos que quase tudo o que dissemos sobre os ilícitos criminais poderia se aplicar aos ilícitos cíveis e administrativos. A diferença seria que, em vez de um controle punitivo penal, haveria um controle punitivo administrativo ou cível. Não nos parece haver dificuldade para incluir a punição administrativa neste nosso estudo. A principal questão diria respeito ao controle do ilícito cível, ou melhor, consistiria em investigar se ele pode ser considerado não somente ressarcitório, mas também punitivo, ao menos nalgumas situações particulares, como no caso dos danos morais³⁰¹. Teríamos assim uma interessante oportunidade para distinguir em cada forma de controle econômico os diferentes “níveis” de intervenção punitiva e as relações recíprocas que mantenham entre si.

Quanto à análise criminológica, agora que estamos munidos de um novo repertório, poderíamos enfrentar de outro ponto de vista o debate sobre a possibilidade de estender a explicação econômica a todos os crimes, em vez de restringi-la a apenas uma classe de crimes, como hoje o faz a Criminologia. Como a vimos em sua apreensão pela doutrina do DPE, ela restringe a explicação econômica à classe de crimes patrimoniais e “econômicos”. Essa restrição se explica fundamentalmente pela compreensão da economia como busca de riqueza ou lucro, o que demonstramos ser injustificável.

E, finalmente, cremos que essa nossa reflexão contribuirá bastante para os estudos econômicos do crime já feitos na literatura econômica pelas chamadas “análise econômica do

301 Ver AMARAL, Francisco. Op. Cit., p. 562, onde se lê: “Dano moral seria, assim, a lesão de bem jurídico sem valor exclusivamente patrimonial. Ou também a lesão a direito personalíssimo produzida ilícitamente por outrem. Não afeta, *a priori*, o patrimônio lesado, embora nele possa vir a repercutir. O dano moral ou extrapatrimonial compreende, portanto, o dano resultante da lesão de direitos extrapatrimoniais da pessoa [...]. A questão se é ou não indenizável leva a posições antagônicas, embora seja hoje pacífica a sua ressarcibilidade. Discute-se se é indenização ou satisfação do ofendido, se é pena ou compensação, e qual o fundamento da indenização. [...] Aceitando-se, porém, a responsabilidade civil como sanção, não há porque recusar-se o ressarcimento do dano moral, misto de pena e compensação”

crime”, que descende de BECKER³⁰², e os estudos de “economia subterrânea”, entendida como a aplicação da Nova Economia Institucional ao estudo do crime³⁰³.

Diversamente da literatura criminológica, essas abordagens não procuram restringir a explicação econômica a certa classe de crimes. No entanto, seria precipitado endossá-las sem maiores reflexões, que mais à frente pretendemos fazer. Em todo caso, registramos desde já as distintas manifestações particulares do aspecto econômico das condutas criminalizadas. Com isso, esperamos colocar o economista, normalmente leigo em Direito Penal, a par da heterogeneidade dos crimes e auxiliá-lo a distinguir quais os “interesses” envolvidos em cada situação concreta em que se dá um crime: nos crimes de expropriação, o interesse do proprietário; nos crimes concorrenciais, os dos concorrentes horizontais e verticais; e nos crimes distributivos e regulatórios, interesses especificados em consonância com a obrigação de abster da apropriação de um bem ou com a de se desapropriar dele em favor de um terceiro.

Todas essas possíveis aplicações de nossa hipótese são o que, no limite, justificam a sua elaboração e demonstram sua atualidade e validade final. Afigurou-se inviável, no entanto, desenvolvê-las já neste mesmo trabalho. Por enquanto, nos dedicamos exclusivamente a apreender um conceito analítico de economia e a sistematizar as consequências dessa perspectiva seja a para a dogmática penal, seja para os possíveis estudos econômicos e criminológicos do crime. Noutras palavras, procuramos demonstrar em que sentido ou por que todo o Direito Penal é econômico e quais são os desdobramentos dessa idéia para diferentes tipos de crime. E cremos que atingimos esse objetivo prévio.

302 A quem pretender iniciar um estudo da obra de BECKER e seus continuadores, sugerimos a leitura dos seguintes textos publicados por ele mesmo: “The Economic Approach to Human Behavior”, “Crime and Punishment: an economic approach” e “The Market for Illegal Goods: the Case of Drugs”. A linha desenvolvida por BECKER tem no Brasil alguns representantes. Veja-se, por exemplo, os textos de SHIKIDA e BALBINOTO NETO. Para a análise crítica desta vertente, consulte-se o artigo de CLEMENTE & WELTERS. Todos esses textos são especificados ao fim, na lista de materiais bibliográficos utilizados nesta pesquisa.

303 Quanto à aplicação da Economia Institucional à explicação do crime, ver o interessante trabalho de FEIGE, denominado “Defining and estimating underground and informal economies: the new institutional economics approach”. Ver também o texto de VON LAMPE sobre o mercado ilegal de cigarros. Para aproximação mais acurada à Nova Economia Institucional, sugerimos a leitura de NORTH, ALSTON e FIANI. E em particular, quanto ao estudo da economia subterrânea no Brasil, vale destacar que essa abordagem impulsionou, recentemente, a elaboração de um índice para medir a *economia subterrânea* do país. Ele é calculado desde 2007 pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO). Os dados bibliográficos de tais obras se encontram ao final, na lista bibliográfica.

Bibliografia

AFTALIÓN, Enrique R. Tratado de Derecho Penal Especial. Tomo I. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1969.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Saúde (ANVISA) n.º 90/07, de 27 de dezembro de 2007.

ALSTON, L. J. A framework for understanding the New Institutional Economics. In: DURLAF, S. N.; BLUME, L. E. (Eds.). The New Palgrave Dictionary of Economics, 2ª Ed. London: Palgrave Macmillan Ltd, 2008. Disponível em <http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4504/readings/New%20Institutional%20Economics.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMPUERO, Raúl. La idea de legislar em materia de delito económico. In Revista de Ciências Penales. Santiago: 1962, XXI.

ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal. In Temas de Direito Penal Económico. Coordenação de José Faria da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARIAS, Santiago Sabas. Derecho penal económico o pecuniario. Estudios de Derecho: Ano XXV, vol. 23, n. 65, março de 1964.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência desleal. Coimbra: Almedina, 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. 2ª Ed. Madrid: Ramón Areces, 2010.

BALBINOTTO NETO, Giacomo. A teoria econômica do crime. Revista Reader, n. 35, 2003.

BARBIERI FILHO, Carlo. Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico. São Paulo: Resenha Tributaria, 1984

BECKER, G. S. The Economic Approach to Human Behavior. Chicago: The University of Chicago Press, em 1990.

_____ Crime and Punishment: an economic approach (pp. 169-217). In: Journal of Political Economy, v. 76, n.º 2. Mar-Apr., 1968. Disponível em <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2012

BECKER, G. S.; MURPHY, M. K.; GROSSMAN, M. The Market for Illegal Goods: the Case of Drugs. [s.l: s.n], 2005. Disponível em <http://faculty.chicagobooth.edu/kevin.murphy/teaching/market%20for%20illegal%20goods-jpe.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL, Código Tributário Nacional Lei nº 5.1.72, de 25 de outubro de 1966.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997.

BRASIL, Decreto nº 51.726, de 19 de fevereiro de 1963.

BRASIL, Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

BRASIL, Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962.

BRASIL, Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976.

BRASIL, Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

BRASIL, Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977.

BRASIL, Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL, Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

BRASIL, Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

BRASIL, Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

BRASIL, Lei nº 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998.

BRASIL, Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003.

BRASIL, Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

CAIXETA, Simone Letícia de Souza. Regime jurídico da concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Curitiba: Juruá, 2004.

CALDEIRA, Admardo Terra. A empresa e a fixação dos preços: concorrências e monopólio. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1959.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. A Defesa dos Empresários nos Crimes Econômicos. São Paulo: Saraiva, 1982.

CHASE, Jacobs. Administração de operações e da cadeia de suprimentos. 13ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____ A moderna teoria do fato punível. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

CLARK, John Maurice. A concorrência como processo dinâmico. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLEMENTE, Ademir; WELTERS, Ângela. Reflexões sobre o modelo da economia do crime. Revista de Economia, v. 33, n. 2 (ano 31), p. 139-157, jul./dez. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. Vol. I. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

CORRÊA, Carlos Alberto e CORRÊA, Henrique Luiz. Uma análise crítica da dicotomia produto-serviço na gestão de operações (pp. 62-83). In Tópicos em Engenharia da Produção. Vol. 03. José Paulo Alves Fusco (org.). São Paulo: Arte & Ciência, 2005.

Dicionário do Pensamento Marxista. Tom Bottomore (Ed.). Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

FALGUERAS-SORAUREN, Ignacio. Is Robbins's Definition Necessarily Imperialistic? The Demarcation of Economics in Robbins's Essay and the Concepts of Real and Formal Scarcit.

(pp. 16-37). In Lionel Robbins's essay on the nature and significance of economic science. COWELL, F. Cowell e WITZTUM, A. (Ed.). 75th Anniversary Conference 10 and 11 December 2007. London, Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines (STICERD).

FEIGE, Edgar L. Defining and estimating underground and informal economies: the new institutional economics approach. *World Development*, Vol 18, N. ° 7, July 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 2ª Edição. Trad. SICA, Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIANI, R. Estado e Economia no Institucionalismo de Douglass North. In: *Revista de Economia Política*, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho de 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a Economia Nacional. In *Temas de Direito Penal Econômico*. Organizador Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIORENTINI, Gianluca. Organized Crime and illegal markets. [s.l.;s.n.], 1999, p. 446-447. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/8400book.pdf>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Glem S.A, 1966.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Os crimes contra o patrimônio. Conferência proferida, em meados de 1984, na Fundação Casa de Rui Barbosa, e publicada postumamente, sem revisão do autor, na *Revista Forense* n.º 300, out./dez. 1987.

FREDERICO MARQUES, José. In Prefácio da obra de SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do*

Poder Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal. Revista de Direito Mercantil, vol. 5, Ano XI.

GRACIA MARTÍN, L. Prolegómenos para la lucha por la modernización e expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia.

GREMAUD, Amaury Patrick et all. Manual de Economia. 6ª Ed. Org. PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR., Rudinei. São Paulo: Saraiva, 2011.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Direito Penal Econômico. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO). Economia subterrânea no Brasil. Disponível em <http://www.etco.org.br/publicacoes/estudos-e-pesquisas/>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies. Prepared by The Unilateral Conduct Working Group. Presented at the 6th Annual Conference of the International Competition Network (ICN). Moscow, May 2007. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2014.

JESCHECK, Hans Heinrich. Conferência El Derecho Penal Económico Alemán. In Cuadernos de los Institutos nº 73 (nº 13 del Instituto de Derecho Penal). Faculdade de Derecho e Ciencias Sociales, Córdoba, 1963.

KISNER, Israel M. The economic point of view: an essay in the history of economic thought. Kansas City: Sheed Andrews McMeel, 1976.

_____ Competição e atividade empresarial. Tradução de Ana Maria Sarda. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1986

KOTLER, P. e BLOOM, P. N. Marketing para serviços profissionais. São Paulo: Atlas, 1988, p. 191.

LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Vol. 2. São Paulo: Forense, 1958.

MANKIWI, N. Gregory. Introdução à Economia. Tradução da 3ª Edição norte-americana. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learnings Edições, 2006.

MANNHEIM, Hermann. Criminologia Comparada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

MARX, KARL. O Capital. Crítica da Economia Política. Vol. I. Livro Primeiro. O processo de produção do capital. Tomo I. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 297.

_____ Para a Crítica da Economia Política. Tradução de José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi. Da Coleção os Pensadores, pp. 107-257. 2ª Ed. São Paulo, Abril Cultural, 1978, pp. 108 e 109.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a Dívida: Forma e Razão da Troca nas Sociedades Arcaicas, 2ª Parte. In Sociologia e Antropologia. 2ª Ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Casac Naify, 2007.

MAZUR, Bianca de Freitas. Os tipos penais de contrabando e descaminho como capítulo do direito penal. Análise de seus aspectos, elementos e características. Curitiba: Dissertação apresentada a Universidade Federal do Paraná, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, tabela DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS. Disponível em http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d01cd9004f4bd2b684a3dcd785749fbd/LISTA+CONFORMIDADE_2012-04-17.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE – SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Portaria nº 344, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12 de maio de 1998. Disponível em Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

MIRANDA GALLINO, Rafael. Delitos contra el Orden Económico. Buenos Aires: Editora Pannedille, 1970.

MIRANDA GALLINO, Rafael. Delitos contra el Orden Económico. Buenos Aires: Editora Pannedille, 1970.

MISES, Ludiwig von. Human Action: A Treatise on Economics. 4ª Ed. Revista. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996. Disponível em <http://mises.org/books/humanaction.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

MOSS, Laurence S. Introductions to Second Edition. In KIZNER, Israel M. The Economic Point of View: An Essay in the History of Economic Thought. Kansas City: Sheed Andrews Mc. Meel, 1976. Ver p. 11 da versão disponibilizada em http://files.libertyfund.org/files/304/Kirzner_0723_Ebk_v7.0.pdf. Acesso em 24 de janeiro de 2014.

MOURA, Benjamim. Logística. Conceitos e Tendências. Lisboa: Centro Atlântico, 2006.

MUELLER, John D. Redeeming Economics: Rediscovering the Missing Element. Wilmington, Delaware: ISI Books, 2010.

_____ The End of Economics, or, Is Utilitarianism Finished?, de 2002. Disponível em http://lehrmaninstitute.org/economic-policy/muller_apr02.pdf#page=2. Acesso em 15 de setembro de 2012.

NORTH, D. Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OLIVEN, Ruben George. A violência como mecanismo de dominação e como estratégia de

sobrevivência. Dados – Revista de Ciências Sociais, 23 (3). Rio de Janeiro, IUPERJ, 1980.

PARETO, Vilfredo. Manual de Economia Política. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996.

PEDRAZI, Cezare. Interessi Economici e Tutela Penale. In Alfonso M. Stile (a cura de) Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale, Jovene Editore, Napoli, 1985.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. A posição dominante relativa no Direito da Concorrência. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

PEREIRA DOS SANTOS, Gérson. Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 1981.

PEZZIN, Lilian. Criminalidade urbana e crise econômica. São Paulo: IPE/USP, 1986.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINHO, Diva Benevides. Aspectos da Evolução da Ciência Econômica – Do Início do Século XXI às Raízes do Penamento Econômico (pp. 26-64). In Manual de Economia. 6ª Ed. Org. PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR., Rudinei. São Paulo: Saraiva, 2011.

POSSAS, Maria Silvia. Concorrência e Competitividade: notas sobre estratégia e dinâmica na economia capitalista. Tese de Doutorado. Orientador Luciano Galvão Coutinho. Campinas: Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) – Instituto de Economia, 1993.

POSSAS, Mario Luiz. Dinâmica e concorrência capitalista: uma interpretação a partir de Marx. Campinas: Ed. da UNICAMP, 1989.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Introdução à Economia (pp. 3-25). In Manual de

Economia. 6ª Ed. Org. PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR., Rudinei. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBBINS, Lionel. Um ensaio sobre a natureza e a importância da Ciência Econômica. Tradução de Rogério Galindo. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Savio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal, pp. 345-366. In Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União. Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011.

RUGGIERO, Vincenzo. Crimes e Mercados: Ensaio em anti-criminologia. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____ Direito Concorrencial: as estruturas. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SAPORI, Luís Flávio e WZNDERLEY, Cláudio Burian. A relação entre desemprego e violência na sociedade brasileira: entre o mito e realidade in A violência do cotidiano. Cadernos Adenauer, Ano II, 2001, n.º 1. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, março 2001.

SCOON, Robert. Professor Robbins' Definition of Economics. Journal of Political Economy. (pp. 310-321) Vol. 51, No. 4 (Aug., 1943).

SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. Prefácio José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SHIKIDA, Pery F. A. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 2, p. 324-344, Jul-Dez, 2010.

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Vol. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SLACK, N.; CHAMBERS, S; JOHNSTON, R. e BETTS, A. Gerenciamento de operações e de processos. Princípios e práticas de impacto estratégico. 2ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e novo Direito Penal. pp. 105-145. In *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União. Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2011.

TAYLOR, I. WALTON, P. YOUNG, J. *La Nueva Criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y el derecho penal económico. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Año 4, N. 5 a 8. 1975.

_____ El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico. *Revista chilena de Derecho*. (pp.59-68). Vol. 10. N.º 1. ISSN 0716-0747. 1983. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649428>. Acesso em 13/12/2013.

VELJANOVSKI, Cento. A Economia do Direito e da Lei. Instituto Liberal: São Paulo, 1994.

VON LAMPE, Klaus. The Illegal Cigarette Trade. (p. 148-154) Published in: Mangai Natarajan (Ed.). International Criminal Justice, New York: Cambridge University Press, 2011.