

A INTERVENÇÃO ESTATAL PENAL-ECONÔMICA E O TIPO PENAL DA ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS

Luiz Felipe Pinheiro Neto¹

Resumo: O presente artigo busca demonstrar que o neoconstitucionalismo surgido após a II Guerra Mundial levou a um processo de Constitucionalização dos vários ramos do direito, que passam a ser lidos sob a luz das Cartas Magnas, o que modifica-lhes a exegese e forma de atuação para com as normas constitucionais, que tem sua supremacia material consolidada junto à supremacia formal. O estudo analisa as conseqüências deste processo no Direito Penal e econômico, destacando a necessidade de proteção da sociedade e do indivíduo, o que passa pela observância das garantias individuais no curso do processo penal e pela busca de melhor eficiência da proteção penal, que é analisada neste trabalho tomando por objeto de estudo o delito de adulteração de combustíveis. Busca o artigo demonstrar a necessidade da mais clara e eficiente redação dos tipos penais, em observância ao princípio da legalidade no Direito Penal, destacando os projetos de lei que almejam alterar o crime tipificado no Artigo 1º, Inciso I, da Lei 8.176/1991.

Palavras-Chave: Constitucionalização do Direito Penal. Adulteração de Combustíveis. Princípio da Legalidade. Alteração legislativa.

Abstract: This paper seeks to demonstrate that the neoconstitutionalism, emerged after World War II, led to a process of constitutionalisation of the various branches of law, that are to be read in light of the Magna Carta, modifying their exegesis and the way of action towards constitutional rules, which has its material supremacy consolidated with the formal supremacy. The study analyzes the consequences of this process in criminal and economic law, highlighting the need to protect society and the individual, which goes through the observance of individual rights in the course of criminal procedure and the search for improved efficiency of criminal protection -- analyzed in this work by taking the fuel adulteration offense as the object of study. The paper seeks to demonstrate the need for more clear and efficient writing of criminal types, in compliance with the principle of legality in criminal law, highlighting the bill that aims to change the crime defined in Article 1, Section I, of Law 8.176/1991.

Key words: Constitutionalisation of Criminal Law. Fuel adulteration. Principle of Legality. Legislative Amendment.

I – INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito Tributário e Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

As Constituições são cartas político-jurídicas promulgadas pelo povo, ou impostas por uma autoridade antidemocrática, que organizam e estruturam o Estado, especialmente limitando-lhe e direcionando-lhe seu campo de atuação para a proteção e desenvolvimento dos direitos individuais dos participantes do corpo social.

Da mesma forma como houve uma evolução histórica para o desenvolvimento destes estatutos escritos e supremos nos ordenamentos jurídicos nacionais, houve também uma evolução nos seus estudos, no campo do Direito Constitucional, sendo a Lei Maior analisada por vários métodos e escolas, e, conforme a visão adotada, mudavam-se seus matizes, sua eficácia e sua extensão.

O presente artigo aborda inicialmente uma das mais recentes estações neste caminhar evolutivo do Direito Constitucional, aquele que é mais comumente conhecido como neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, bem como se detém em um de seus subprodutos e sua marca principal, a Constitucionalização do Direito, pelo qual passa a Lei Fundamental do Estado a absorver a legislação infraconstitucional em seu corpo e, concomitantemente, a estender-se por ela, provocando um maior comprometimento dos poderes ou funções estatais para com a Constituição e seus objetivos, influenciando todos os ramos do direito.

Tem por objetivo, o presente trabalho, além da análise inicial da Constitucionalização do Direito Penal e do Direito Econômico e as implicações desta para o Estado, que detém a dupla função de proteger o indivíduo, bem como a sociedade e os bens, direitos e valores destes, focando-se, especificamente, no estudo do mercado relevante de combustíveis e no delito de intensa gravidade social e danoso ao princípio constitucional da livre concorrência, a adulteração de combustíveis.

II – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Atualmente, se verifica quanto à Constituição uma supremacia formal e material no ordenamento jurídico. Para Inocêncio Coelho², tal supremacia decorre de sua localização na pirâmide normativa, sendo ela instância de transformação da normatividade, então hipotética, da norma fundamental, na normatividade concreta dos dispositivos do direito positivo, estes submetidos à própria *Lex Legum* de modo que o ingresso e a permanência de um ato jurídico no ordenamento se dá na medida de sua conformidade com a Carta Magna.

A Constituição encontra-se no vértice do sistema jurídico, conferindo-lhe validade, sendo a Lei Suprema do Estado, a estruturar-lhe, contendo, portanto, as suas normas fundamentais. Daí decorreria sua supremacia material, distinguindo-a, José Afonso da Silva³, da supremacia formal, ligada à sua rigidez.

No entanto, até a ocasião da II Guerra Mundial, notava-se a primazia formal da Constituição, mas não sua supremacia material, limitando-se ela a ser mera Carta Política. O direito passava, então, por sua fase positivista, sendo a sociedade regida por leis que não atuavam na concretização dos ditames constitucionais, estes despidos de eficácia normativa, e que acabavam fechando-se em um sistema estéril, conforme crítica de Luís Roberto Barroso⁴:

O positivismo pretendeu ser uma teoria de Direito na qual o estudioso assumisse uma atividade congnotiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por se ter tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variadas.

² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58-59

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45-46

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo) in: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (org.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 42-43

Neste cenário de separação de valores éticos do direito, a subsunção a leis que eram válidas e corretas pelo próprio fato de frutos de criação legislativa serviu de defesa para autoridades estatais, inclusive de juristas fascistas e nazistas, por crimes cometidos na II Grande Guerra.

Assim, houve uma ruptura com o direito extremamente positivo na Europa pós-Guerra, em franco processo de redemocratização e reestruturação econômica e desejosa de se apartar dos terrores reais e ideológicos do conflito e desta separação entre direito e moral, que teria feito a ciência jurídica servir a tais horrores.

Ocorre, então, a formação de um novo Estado Constitucional de Direito, em oposição ao Estado “Legislativo” de Direito, e a observância da influência material do Direito Constitucional no ordenamento jurídico, sendo o alvorecer de um neoconstitucionalismo, que se caracterizava, segundo Dimitri Dimoulis⁵, em citação a Barroso, pelo reconhecimento da força normativa da Lei Suprema⁶, pela expansão da jurisdição constitucional (com a criação de Cortes Constitucionais), uma nova interpretação constitucional, a utilizar-se da ponderação entre direitos e interesses e pela rejeição da pura submissão do aplicador às regras positivadas, típica do modelo positivista/legalista.

Fortaleceu-se o tratamento dos direitos sociais nas Cartas Magnas, processo que já havia sido iniciado com a Constituição alemã de Weimar de 1919 e a Constituição mexicana de 1917, além da positivação e salvaguarda de direitos e liberdades individuais, asseverados no ocaso do Estado Liberal, e buscou-se dar à sua norma uma maior eficácia jurídica, sobretudo aos princípios constitucionais, não sendo mais a Carta tratada como mera coletânea de preceitos programáticos.

Neste sentido, mister se faz destacar a classificação das normas constitucionais nos estudos de José Afonso da Silva, que as divide em normas de eficácia plena - de aplicabilidade imediata -, normas de eficácia contida e normas programáticas,

⁵ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e Moralismo in: SARMENTO, Daniel (org.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213

⁶ Interessante notar que Dimoulis (p. 219) faz uma crítica à ligação da afirmação da força normativa da Constituição ao movimento neoconstitucionalista, pois esta “estaria presente nos discursos constitucionais e na prática institucional desde o início do constitucionalismo no século XVII (...)”.

observando que a doutrina moderna tende a considerar todas as normas da Lei Máxima como de eficácia plena⁷, posição da qual discorda.

Mesmo que observada a restrição do doutrinador quanto a esta extensão da classificação de normas de plena eficácia, não há como negar o aumento exponencial da eficácia das normas constitucionais, em especial daquelas que anteriormente tinham considerada mínima e subsidiária aplicabilidade, sendo tidas como meramente programáticas, os princípios.

Konrad Hesse observa que a Carta Magna de uma nação não é mero pedaço de papel⁸ e que, embora a Constituição jurídica, enquanto documento formal, se pautе pela Constituição histórica, fática, não se limita aos ditames desta (como preconiza Lassale, por exemplo), mas, em verdade, deve impor a realização de seus princípios, de seus valores.

Verificamos, como ápice deste neoconstitucionalismo, ou, ainda, pós-positivismo, o processo de Constitucionalização do Direito. Este é um termo amplo que pode se referir a diversas mutações na estrutura jurídico-política de uma sociedade, podendo significar introdução de uma Lei Fundamental em ordenamento onde antes não a havia, bem como tornar jurídico o relacionamento entre os detentores do poder político e os sujeitos a estes (não sendo necessária, porém, introdução de Constituição escrita), além de significar, também, a transformação do ordenamento jurídico pelo qual resta este impregnado pelas normas constitucionais, a Constituição invasiva⁹.

É nesta última acepção que nos detemos no presente trabalho. Luís Roberto Barroso observa que a Constitucionalização do Direito estaria associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, que teriam seu conteúdo material e axiológico irradiado pelo sistema jurídico, com força normativa. Passaria a validade e o sentido

⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.89

⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 25

⁹ GUASTINI, Ricardo. A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In. NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 271

das normas do direito infraconstitucional a serem ditados pelos valores, fins públicos e comportamentos que se verifiquem nas normas constitucionais. Tal processo, então, refletir-se-ia na forma de atuação dos três Poderes, ou funções, segundo Paulo Bonavides¹⁰, nas relação do ente público com o particular e, inclusive, nas relações entre os particulares¹¹.

Localiza o doutrinador carioca na Alemanha o berço da constitucionalização do Direito, quando os princípios fundamentais passaram a não ser somente encarados em sua concepção subjetiva de protetores de casos individuais, mas como instituidores de uma ordem objetiva de valores¹².

Já no Brasil, a marca da Constitucionalização do Direito se observa na promulgação da Constituição Federal de 1988, no processo do restabelecimento da democracia após a Ditadura Militar que se instalou em 1964. Neste sentido é Aury Lopes Jr¹³:

Com a Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, rompeu-se um paradigma de maior relevância para o sistema jurídico. O novo modelo de Estado impõe uma nova forma de produção do direito e, acima de tudo, uma nova postura do operador jurídico, pois a função transformadora e promotora que o Direito passa a desempenhar tem sua eficácia pendente da atuação daquele.

Para que se possa ocorrer a Constitucionalização de um ordenamento é necessário que haja uma Carta Magna rígida, cujo processo de modificação seja difícil, e que ocorra sua garantia jurisdicional, ou seja, que haja um controle de conformação da legislação infraconstitucional com a Norma Fundamental, podendo ocorrer de forma difusa ou concentrada em um Tribunal Constitucional ou por corte centralizadora e superior na estrutura judiciária e que desempenhe as funções deste.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 352

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 354

¹³ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 40

Anota ainda Guastini¹⁴, como aspectos desta Constitucionalização, a já apontada força vinculante da *Lex Legum*, o reconhecimento da aplicabilidade, da força jurídica e vinculante, capaz de produzir efeitos jurídicos, dos preceitos constitucionais; a sobre-interpretação da Constituição, que se faz através da fuga às lacunas da Carta Magna ou da elaboração de normas implícitas para preenchê-las; além da aplicação direta das normas constitucionais em sede jurisdicional, devendo suas regras serem aplicadas diretamente pelo juiz; bem como a obrigação de se interpretar as leis conforme a Lei Maior e, por fim, sua influência sobre as relações políticas.

Destaque-se, dentre estes, a necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional sobre o prisma da Constituição e sua influência na política. Além de vários princípios dos diversos ramos do direito serem absorvidos pelas Cartas Magnas, e os princípios constitucionais passarem a ter aplicação mais efetiva nestes mesmos ramos, suas leis devem ser interpretadas em confronto ao texto constitucional, não apenas para garantir que não haja conflitos entre as regras, mas para garantir-se que a aplicação da lei cumprirá os valores e objetivos incrustados na *Lex Legum*.

Cabe, em verdade, ao Estado, não apenas esta exegese cumpridora da Lei Maior, mas também a elaboração de políticas públicas, ações governamentais e até mesmo redação legislativa que também venham a dar cumprimento à Lei das Leis.

Neste paradigma, faz-se mister analisar a constitucionalização de ramos de direito de sanções publicistas, em especial, de matriz penal–econômica, nas influências e interesses coletivos e difusos envolvidos, com atenção a este mandamento de resguardo dos direitos constitucionais, especificamente o princípio da livre concorrência.

III – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Os mais importantes institutos do direito privado foram incorporados à Constituição, que passa a determinar a forma de toda a ordem jurídica e dos poderes

¹⁴ GUASTINI, Ricardo. A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In. NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 275-279

públicos, por normas dotadas de supremacia¹⁵, organizando e limitando a ordem infraconstitucional.

O Direito Privado sofre grandes modificações neste modelo. Há um deslocamento dos princípios do Direito Civil para a Constituição¹⁶, com a autonomia privada sendo remodelada por princípios não patrimoniais, de ordem pública.

Esta autonomia privada não mais se basta a si mesma como valor, passando a ser merecedora de tutela apenas ao representar a realização de um valor constitucional.

Neste afã, o Direito Público também se modifica, com o fortalecimento da influência, mais direta, então, da Constituição, embora esta mudança seja menos chamativa que a que ocorre no Direito Privado, já que é notável a inserção da Carta Magna nas relações privadas, que até então se julgavam afastadas destas, regidas por um Código Civil que fazia as vezes de resumidor e reavaliador dos ditames constitucionais.

Neste processo de expansão axiológica da Constituição, cabe aos operadores do direito buscarem, seja através da formação da legislação infraconstitucional, seja na aplicação e na interpretação da norma, a realização dos fins constitucionais, especialmente aqueles contidos nos princípios fundamentais, que nortearam a própria criação constitucional e que, devido a sua importância, tem sua modificação impedida ao constituinte derivado.

Observe-se que as normas contidas na Constituição possuem maior grau de abstração¹⁷, tanto devido à sua natureza de veículo das orientações principiológicas e basilares do Estado, quanto em garantia de sua preservação frente o avanço cronológico, o que permite este “espaço de manobra” ao intérprete, observando-se que não se está almejando empreender modificação na Constituição, mas cumpri-la.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 241

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In. NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 309-311

¹⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 770

Quanto à influência da Constitucionalização do Direito no Direito Penal, verifica Barroso que tal processo teve impacto sobre a validade e a interpretação das normas deste ramo jurídico¹⁸, se tornando a Lei Máxima, como em outros ramos jurídicos, fundamento de validade, instituidor e limitador da atuação penalista.

Além de uma reafirmação do garantismo no Direito Penal, com mais forte observação dos princípios inclusos no artigo 5º, incisos XXXVII ao LXVII da Carta Magna¹⁹, a aplicação direta destes e outros princípios contidos na Lei Fundamental não só alteram o panorama do Processo Penal como determinam a exclusão da tipificação de condutas que passam a ser toleradas pela sociedade ou que danifiquem bens de menor valor, ou ainda em menor intensidade de dano, possibilitando sua punição/prevenção por outros ramos menos intrusivos do direito, e ainda determinando ao aplicador de direito a tipificação de condutas, até então atípicas, para melhor fornecer proteção de bens elegidos pela Constituição.

O Estado poderia violar a Constituição ao não proteger de maneira adequada, eficiente, certos bens, valores ou direitos, não tipificando determinadas condutas ou não conferindo aos tipos penas severas, destacando-se que é livre ao legislador a determinação dos tipos penais e penas, fundando-se e limitando-se pela Lei Maior, devendo-se respeitar, material e processualmente, os direitos fundamentais do acusado²⁰.

Todavia, tal dever de proteção a quem sofre a persecução criminal é paralela à obrigação de defender também a sociedade e resguardar tais bens jurídicos que a pertencem ou importam.

Necessária reflexão de como tal obrigação de proteger da melhor forma, inclusive penalmente, valores, bens e princípios constitucionais incidiria no princípio da subsidiariedade, ou de intervenção mínima, do Direito Penal, que institui que só

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 381

possa ele agir quando há proteção inadequada por parte de outros ramos do direito aos bens jurídicos a serem protegidos²¹. Sobre este princípio, declara Cezar Roberto Bitencourt²²:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas.

Este princípio se relaciona à própria definição de Direito Penal fornecida por Fernando Capaz²³, *in verbis*:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

A Constitucionalização do Direito não traria apenas um mandamento de efetivação das normas Constitucionais, mas de “plena” efetivação, se tornando uma obrigação de se buscar a máxima eficácia destas normas.

Assim, o Direito Penal, nas ocasiões em que se demonstrasse como a melhor opção de proteção daqueles determinados bens jurídicos que emanam da Constituição,

²¹ ROXIN, citado por GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 6 ed. ver. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2006. p. 54 ensina que “se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 6 ed. ver. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2006. p. 45

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1

e, assim, tem inegável importância, deve ser aplicado mesmo que se verifique a possibilidade de RESGUARDO não insuficiente por parte dos outros ramos do direito.

Há, no entanto, que se ter a cautela de não se incorrer nos erros e exacerbações da escola de maximização do Direito Penal, advogando sua aplicação irrestrita, na instituição de um Estado Penal, repressor das liberdades, mas aplicando-o tão somente onde possa trazer melhor efetivação dos princípios constitucionais, melhor efetivação esta que não se daria na máxima observância do princípio da subsidiariedade.

Haveria a necessidade de uma releitura do princípio da subsidiariedade²⁴, com a possibilidade/dever da tutela penal se dando em concomitância à tutela civil/administrativa, ao mesmo tempo em que buscar-se-ia uma forma mais eficaz de aplicação da primeira tutela, quer seja com a ampliação da responsabilidade penal²⁵, quer seja com uma interpretação mais efetiva de suas normas ou ainda com a criação de novos tipos penais ou nova redação aos tipos penais, no objetivo de abarcar todas as condutas lesivas e potencialmente lesivas aos bens jurídicos relevantes e que, por ventura, não estejam relacionadas.

Devem os operadores do direito observar que não podem, alegando cumprir os preceitos constitucionais, desvirtuar o texto constitucional e desrespeitar princípios como liberdade e dignidade humana.

Barroso, neste sentido, dá destaque ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade, que “além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência”²⁶.

²⁴ Note-se que, embora se observe no presente artigo a necessidade de releitura do princípio da subsidiariedade, o mesmo é observado em aplicação no ordenamento brasileiro nos primórdios da Constitucionalização do Direito em nosso sistema, posto que resulta da observância das garantias constitucionais frente à agressividade do Direito Penal.

²⁵ Neste sentido, se observe, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica introduzida no ordenamento jurídico nacional nas normas de proteção ambiental e que poderia ser estendida à proteção de outros princípios, como os da livre-concorrência e da livre-iniciativa.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 381

Correto está o autor ao ressaltar o princípio, que se torna principal norteador das funções dos direitos sancionadores de condutas ilícitas a partir da constitucionalização destes, como ocorre com o direito penal e, igualmente, com o Direito Econômico, que mais que apenas sancionador ou pacificador social, como o Direito Penal, atua como verdadeiro regulador da Ordem Econômica.

IV-CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO

Assim como no Direito Penal, a Constitucionalização do Direito também é sentida no Direito Econômico, conceituado por Leonardo Vizeu Figueiredo como²⁷:

“(…) ramo do Direito Público que disciplina a condução da vida econômica da Nação, tendo como finalidade o estudo, o disciplinamento e a harmonização das relações jurídicas entre os entes públicos e os agentes privados, detentores dos fatores de produção, nos limites estabelecidos para a intervenção do Estado na Ordem Econômica”.

É pela verificação de que o sistema econômico não é perfeito, equilibrado, que se faz necessária esta participação do Estado como agente de intervenção para a correção de suas imperfeições, seja através do monopólio de certas atividades (intervenção por absorção), competição com os demais agentes privados em outras atividades (intervenção por participação), o estabelecimento de regramentos compulsórios aos agentes privados (intervenção por direção) ou a manipulação, através de incentivos, deste comportamento (intervenção por indução)²⁸.

A Ordem Econômica, portanto, constitui as “disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida econômica da Nação”²⁹, tendo prescritos na Constituição Federal sua fundação e

²⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 8

²⁸ BRAZUNA, José Luiz Ribeiro. **Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 27

²⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 59

objetivos³⁰, a valoração do trabalho humano, a livre-iniciativa a existência digna e a justiça social.

Através do processo de Constitucionalização do Direito, o operador do direito tem o dever de aplicar a lei de forma a cumprir as determinações constitucionais acerca da Ordem Econômica. Estas não são mera exortação, mas fins que devem ser perseguidos e vincular o agir do Estado, na atividade legislativa e políticas públicas econômicas do Poder Executivo.

Como ocorre no Direito Penal, no Direito Econômico se encontra o Estado entre o dever de resguardar garantias dos agentes econômicos de forma individualizada, destacando-se que, ao intervir na economia não pode limitar a livre iniciativa, e o dever de efetivar melhor aplicação às determinações da Lei Maior, que, afinal, não se contrapõem aos fundamentos da Ordem Econômica, mas, ao contrário, garantem-nos.

A legislação infraconstitucional deve ser construída para o cumprimento destes fins positivados, bem como para viabilizar a aplicação dos princípios que devem ser observados quanto à Ordem Econômica, como verificamos por meio da Lei ordinária nº 8.884, de 1994, a denominada lei Anti-Truste, reformada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações, buscando dar; da Lei ordinária nº 8.137, de 1990, a definir os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as

³⁰ Art. 170. A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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

relações de consumo, bem como a Lei nº 8.176, de 1991, que define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.

A Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro de concorrência, foi editada nesta busca pela melhor efetividade das disposições constitucionais em defesa da Ordem Econômica equilibrada e com destinação social. A nova regra procedeu a reestruturação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e modificações na análise de fusões e aquisições de empresas, com a exigência de submissão destas operações previamente ao órgão, ao contrário do procedimento anteriormente adotado no Brasil, nos termos dos artigos 54 e seguintes da Lei nº 8.884/94.

Um dos principais elementos para a análise do equilíbrio da Ordem Econômica e a necessidade e eficiência da intervenção do Estado é o “mercado relevante de bens e serviços”, presente no Artigo 20³¹ da assinalada Lei nº 8.884/94, a dispor sobre as infrações da Ordem Econômica, determinando como transgressão a dominação deste. Todavia, não é na regra, mas na doutrina, que encontra-se o conceito de mercado relevante, definido por Leonardo Vizeu Figueiredo³² como “(...) o território no qual os agentes privados, participantes de um mesmo ciclo econômico, concorrentes entre si, realizam suas trocas comerciais”, sendo esta a definição geográfica, havendo também o conceito material, quanto à natureza dos produtos e serviços. É o espaço onde se examina a concorrência e as práticas atentatórias a esta e à Ordem Econômica.

³¹ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

³² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 236

No caso em tela, analisamos o mercado de combustíveis, mercado de grande importância na sociedade moderna, especialmente em países que adotam uma preferência para o transporte de bens e pessoas por automóveis. A importância do petróleo (e, por decorrência, de seus derivados) fica clara na Constituição, com o monopólio declarado em seu artigo 177³³, que, destaque-se, não é de todo absoluto³⁴, e a vedação da adoção de medida provisória para a regulamentação de matéria prevista nos incisos I a IV e parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 177 da Carta Magna.

Observe-se, também, que é um mercado de regulamentação clara e detalhada, como se observa na lei nº 9.478, de 1997, conhecida como Lei do Petróleo, que dispõe a política energética nacional, instituindo mecanismos de controle como a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), autarquia de regime especial que regula as atividades da indústria do petróleo e a distribuição e revenda de combustíveis, e legislação correlata, como a chamada Lei do abastecimento nacional, a Lei nº 9.847, de 1997.

O abuso de poder econômico e as práticas contra a Ordem Econômica e seus princípios se fazem mais danosas em um mercado tão importante e sensível, o fortalecimento deste, através da reformulação dos meios que coíbem os delitos nele praticados, se faz mais imperiosa.

V – A ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS

Conforme já observado, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 170, os fundamentos e princípios regentes da Ordem Econômica, destacando-se, dentre eles, o princípio da livre concorrência e a defesa do consumidor, tendo a

³³ Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

(...)

³⁴ Posto que empresas privadas podem realizar pesquisa e exploração do petróleo, sob autorização da União, nos termos da Emenda Constitucional nº 09, de 1995.

proteção dos princípios, bem como a busca pelos fins desta Ordem, se fazendo na legislação infraconstitucional.

No âmbito do amparo penal, através da tipificação dos crimes contra a Ordem Econômica, destacamos um dos mais perniciosos contra esta, e contra o relevante mercado dos combustíveis. No artigo 1º, inciso I, da citada lei nº 8.176/91, define-se, como crime contra a Ordem Econômica, o tipo penal da venda de combustíveis adulterados, popularmente conhecido como adulteração de combustíveis, que compreende a aquisição, distribuição e revenda de derivados do petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, dentre outros combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com os parâmetros legais.

Este tipo penal se destina a evitar e reprimir condutas que atentem à ordem econômica, em especial em relação a fontes energéticas, tendo por sujeito ativo qualquer pessoa que venha a praticar os atos descritos no texto legal e, como sujeitos passivos a União e “empresas autorizadas por lei a produzir bens ou explorar matéria-prima a ela pertencentes”, observando-se a necessidade de averiguação do dolo como elemento subjetivo e que a consumação do crime só ocorreria com a aquisição, distribuição ou revenda dos produtos prescritos, admitindo-se a tentativa³⁵.

Observe-se, no entanto, que além da ordem econômica como bem jurídico afetado, é possível a identificação de bens jurídicos específicos diretamente protegido na figura delitiva, destacando Luiz Regis Prado a natureza essencial de bens supra-individuais³⁶. Destacamos, assim, como bem afetado pela adulteração de combustíveis o já citado princípio da livre-concorrência, pois o revendedor que adultera combustíveis, utilizando produtos variados e com preços módicos, acaba por, de forma ilegal, reduzir o preço do seu produto, competindo de maneira desigual no mercado.

Importante destacar que os princípios econômicos, dentre os quais o princípio da livre concorrência, não podem ser entendidos como meras exortações para que tais escolhas sejam reproduzidas pela sociedade, devendo ter aplicação plena e eficaz,

³⁵ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 79-82

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. P. 28

fazendo-se, inclusive, necessário ressaltar a crítica do jurista Fábio Konder Comparato de que “os direitos econômicos, culturais e sociais gozam de tanta eficácia e força impositiva quanto os direitos e liberdades individuais”, ao contrário do que pensam muitos humanistas, e que não poderiam mais ser considerados os primos pobres da equação³⁷.

Ademais, há que se ressaltar que os direitos de liberdade (ou de primeira geração) só existem plenamente se aplicados os direitos de segunda geração (direitos sociais e econômicos), dependendo da proteção destes. Ou seja, não há como haver plena liberdade sem igualdade. Assim, torna-se imperativo a proteção dos princípios e direitos econômicos para, assim, também se protegerem os princípios e direitos econômicos, estes tão mais valorizados e que já gozam de plena proteção penal.

No entanto, como se observa, o rol de ações tipificadas é restrito, e deixa de abarcar uma série de ações que, através da adulteração de combustíveis, atentam contra o mercado de combustíveis e a ordem econômica, deixando impunes os seus praticantes, bem como aqueles que estão em meio à prática do delito, mas não ingressaram (ou que, no processo, não foi comprovado o ingresso) nos atos executórios dos tipos “adquirir”, “distribuir” ou “revender”, prejudicando também a persecução do crime na forma tentada.

Quanto à tentativa, esta é delito incompleto e, nos moldes do artigo 14, II, do Código Penal, constitui dispositivo ampliador da tipicidade penal³⁸. Trata-se da punição de “conduta que não chega a preencher todos os elementos típicos, por permanecer numa etapa anterior de realização”, embora se deva atingir certo grau de desenvolvimento da conduta, o início da execução do delito, para que ela esteja enquadrada no tipo penal.

Assim, no afã de tornar mais eficiente o combate à adulteração, foram apresentados projetos de lei visando a alteração e ampliação do tipo penal do artigo 1º,

³⁷ KOMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. in: CUNHA, Sérgio Sérulo de e GRAU, Eros Roberto (org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 252

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 664

I, da Lei nº 8.176/1991³⁹, como o Projeto de Lei 1336/2003⁴⁰, de autoria do parlamentar Alceu Collares, do PDT do Rio Grande do Sul e rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, o Projeto de Lei nº 2498/2003, proposto pela Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou operações no setor de combustíveis relacionadas com a sonegação fiscal de tributos e adulteração, dentre outros delitos, e o recente Projeto de Lei nº 517/2011⁴¹, proposto pelo deputado “Dr. Aluizio”, do Partido Verde do Rio de Janeiro.

Destaca-se, dentre as propostas, a proveniente do PL nº 2498/2003, que acatou parcialmente proposição do Grupo de Combate à Adulteração de Combustíveis do Ministério Público Federal em São Paulo, *in verbis*:

Altera a Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, tipificando a adulteração de combustíveis.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei tipifica a adulteração de combustíveis.

Art. 2º. O art. 1º. Da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º(...)

I – adquirir, estocar, distribuir, transportar, industrializar, formular, vender ou revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com as normas estabelecidas em leis ou regulamentos;

II – (...)

III – misturar, adulterar e alterar de qualquer modo a composição de derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas em leis ou regulamentos;.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos.

Parágrafo Único – se o crime descrito no caput é culposos:

Pena – detenção de 1 a 3 anos e multa (NR)”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.⁴²

³⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entendendo a Adulteração de Combustíveis**. 2006. Disponível em www.prsp.mpf.gov.br acessado em 10 de Março de 2012. p. 79 e seguintes

⁴⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 1.336/2003. Disponível em www.camara.gov.br. Acessado em 20 de março de 2012

⁴¹ BRASIL, Projeto de Lei nº 517/2011. Disponível em www.camara.gov.br. Acessado em 20 de março de 2012.

Observe-se que, no mesmo objetivo de garantia da melhor eficiência da proteção penal, também se buscou o aumento da pena mínima estipulada, do texto original do Ministério Público paulista, embora tenha sido rejeitada a estipulação da competência para processamento do feito, que, pela redação proposta à Comissão de Inquérito Parlamentar, seria da Justiça Federal. Dirimindo, deste modo, o conflito de competência entre a Justiça Estadual, entendimento que domina a jurisprudência pátria recente, e a Federal, concepção defendida especialmente pelo Ministério Público Federal que, por consequência, advoga sua própria atribuição para o acompanhamento das investigações e apresentação de denúncias, sendo neste sentido uma parte da doutrina e diminuta jurisprudência, como se pode observar Recurso em Sentido Estrito nos autos do Processo 2004.61.08.004516-4, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴³.

Os defensores desta competência argumentam que há lesão a interesse e serviço da União, especificamente de autarquia nacional, a Agência Nacional do Petróleo⁴⁴, responsável pela regulação e fiscalização das atividades exercidas no mercado de combustíveis, o que se coadunaria com o disposto no artigo 109, incisos IV e VI, da Constituição Federal⁴⁵. Tal alçada ainda ficaria evidenciada pela constante

⁴² BRASIL. Projeto de Lei nº 2.498/2003. Diário da Câmara dos Deputados, 26/11/2003, p. 63.820. Disponível em www.camara.gov.br. Acessado em 20 de março de 2012.

⁴³ PENAL, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ARTIGO 109, INCISO IV E VI CF. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. AUTARQUIA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO. I – Inquérito policial instaurado para apuração do delito previsto no artigo 1º, inciso I da Lei 8176/91. Juiz Federal declinou da competência com fundamento no artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal e determinou a remessa dos autos para a Justiça Federal.

II – Competência da Justiça Federal caracterizada na hipótese em que o delito é praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União. Artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal. Agência Nacional do Petróleo – ANP é autarquia Federal.

III – A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso reconhecendo a competência da Justiça Federal, vencido o relator que negava o provimento.”

(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito nº 2004.61.08.004516-4. 1ª Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini. Julgado em 14/01/2006. Publicado em 21/02/2006, seção 2, p. 228. Disponível em www.in.gov.br acessado em 21 de março de 2012)

⁴⁴ Agência Nacional do Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478/1997, que também dispõe sobre a Política Energética Nacional e atividades relativas ao monopólio do petróleo, dentre outras.

⁴⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

conexão do delito em tela ao crime de sonegação, que atinge tributos federais como a CIDE-Combustíveis (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível)⁴⁶ e, ainda, far-se-ia necessária tendo em vista que, em muitos dos casos, as fases do crime são praticados em mais de um estado da Federação, especialmente no tocante à distribuição e transporte.

Ainda seria, a determinação da competência da Justiça Federal para processar os aspectos criminais da adulteração de combustíveis, uma forma de manter a coerência da fiscalização e punição desta prática, vez que ela se dá, nas searas administrativa e cível, na esfera federal.



III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
(...)

⁴⁶ Tributo previsto nos artigos 149 e 177, §4º da Constituição Federal e instituído pela Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001.

Já a jurisprudência majoritária, em especial do Supremo Tribunal Federal⁴⁷, compreende haver competência estadual para o processamento do feito, posicionamento que vem tomando força nos últimos anos, principalmente no Supremo Tribunal Federal, vide HC 102864/SP – São Paulo, com acórdão publicado em 17 de setembro de 2010, dentre outros.

Verifique-se que, nos termos do inciso VI do referido artigo da Lei Maior, como não há determinação expressa na lei nº 8.176, de 1991 a instituir a Jurisdição Federal, a competência é determinada à Justiça Estadual a menos que se observe serem atingidos direta e efetivamente bens, serviços ou interesses da União. Segundo o posicionamento que afirma a competência Estadual, não haveria aqui lesão a serviço da ANP, posto que não se possa confundir o bem atingido com a fiscalização sobre este, que não se configura como objeto lesionado, e não haveria interesse específico da

⁴⁷ EMENTA: PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. ART. 109, VI, CF. CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO. ART. 1º DA LEI 8.176/91. I - A Justiça Federal apenas detém competência para o julgamento de crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira quando expressamente determinado por lei. II - O processamento e julgamento de ação penal que envolva o delito previsto no art. 1º da Lei 8.176/91 não compete à Justiça Federal, por falta de expressa previsão legal. III - Agravamento regimental desprovido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 503422. 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 28/11/2006. Publicado em 19/12/2006. Disponível em www.stf.jus.br acessado em 19 de março de 2012)

EMENTA: Competência: Justiça Estadual: processo por crime contra a ordem econômica previsto no art. 1º da L. 8.176/91 (venda de combustível adulterado); inexistência de lesão à atividade de fiscalização atribuída à Agência Nacional do Petróleo - ANP e, portanto, ausente interesse direto e específico da União: não incidência do art. 109, IV, da CF. 1. Regra geral os crimes contra a ordem econômica são da competência da Justiça comum, e, no caso, como a L. 8.176/91 não especifica a competência para o processo e julgamento do fato que o recorrido supostamente teria praticado, não há se cogitar de incidência do art. 109, VI, da CF. 2. De outro lado, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira devem ser julgados pela Justiça Federal - ainda que ausente na legislação infraconstitucional nesse sentido -, quando se enquadrem os fatos em alguma das hipóteses previstas no artigo 109, IV, da Constituição. 3. É da jurisprudência do Tribunal, firmada em casos semelhantes - relativos a crimes ambientais, que "o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico", não sendo suficiente o "interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União" (REE 166.943, 1ª T., 03.03.95, Moreira; 300.244, 1ª T., 20.11.01, Moreira; 404.610, 16.9.03, Pertence; 336.251, 09.6.03, Pertence; HC 81.916, 2ª T., Gilmar, RTJ 183/3). 4. No caso, não há falar em lesão aos serviços da entidade autárquica responsável pela fiscalização: não se pode confundir o fato objeto da fiscalização - a adulteração do combustível - com o exercício das atividades fiscalizatórias da Agência Nacional de Petróleo - ANP-, cujo embaraço ou impedimento, estes sim, poderiam, em tese, configurar crimes da competência da Justiça Federal, porque lesivos a serviços prestados por entidade autárquica federal (CF, art. 109, IV). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 502915. 1ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 13/02/2007. Publicado em 27/04/2007. Disponível em www.stf.jus.br acessado em 18 de março de 2012)

União na proteção da ordem econômica, mas tão somente genérico e ainda concorrência aos Estados e municípios, se exigindo interesse específico para a configuração da competência Federal.

No entanto, em que pese este direcionamento jurisprudencial, insiste o Ministério Público Federal em sua tese, e na possibilidade de sua atuação, o que leva a constantes conflitos negativos de competência nos Tribunais Regionais Federais, e nas instâncias superiores a estes, tornando os processos mais morosos, demandando gastos maiores do Poder Judiciário.

Importante notar que, para garantia da eficiência do Direito Penal, é necessário uma forte atuação do legislador. Isto porque o ramo penalista do direito rege-se pelo princípio da legalidade, conforme se observa no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o que remete-se ao princípio da anterioridade, exposto no brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, sendo destacado por Greco como o mais importante do Direito Penal⁴⁸, posição também defendida por Alberto Silva Franco, que o tem como sustentáculo dos demais princípios do Direito Penal⁴⁹.

Determina-se, pelo princípio da legalidade, a proibição da analogia *in malam partem*, de incriminações vagas e indeterminadas, ou seja, a exigência da redação precisa da conduta criminosa, reverenciada no brocardo *nullum crimem nulla poena sine lege certa*.

Também resta impedida pelo princípio da legalidade no Direito Penal a interpretação extensiva de direito material igualmente em prejuízo ao acusado. Segundo Andrei Zenkner Schmidt, as possibilidades interpretativas podem ser classificadas de diversas formas, sendo uma a que relaciona-se com o resultado da

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 6 ed. ver. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2006. P. 99

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 24.

atividade exegética, podendo esta ser declarativa, restritiva ou extensiva⁵⁰. Tal proibição se vincula à exigência de lei certa, clara, para que se verifique o crime, estando o juiz vinculado ao texto, podendo-o restringir, declará-lo, mas nunca excedê-lo, sob pena de tomar para si competência do poder legislativo e de criar um ambiente de insegurança jurídica, com a possibilidade de múltiplas decisões sobre casos idênticos e da aplicação de forte carga de subjetivismo, que não decorreria apenas das escolhas morais do julgador, mas poderia advir do clamor social.

Portanto, o indivíduo só pode ser acusado pelo cometimento de crimes que se adéquem com exatidão ao determinado no tipo penal, advindo disto a necessidade de um texto técnico e que abarque todas as situações danosas aos bens, valores e princípios que se busca proteger, bem como supra dúvidas e incoerências na aplicação e no processamento do delito, para também melhor aproveitar os recursos do Estado na persecução criminal.

VI - CONCLUSÃO

Conclui o presente artigo que, após a derrocada do positivismo jurídico no pós-Guerra europeu, procurou-se uma reaproximação da valoração moral do Direito, passando a Constituição a efetivamente apresentar supremacia material, junto à supremacia formal, num processo de renovação hermenêutica e de irradiação do texto constitucional sobre o ordenamento jurídico.

Através da Constitucionalização do Direito, os diversos ramos dos estudos dos juristas passam a ter seus princípios submetidos e substituídos aos princípios constitucionais. Neste paradigma, os operadores do direito são obrigados a propiciarem a máxima efetividade às normas da Lei Maior, o que tem consequência no Direito Penal, onde, por via de consequência, deve ser reavaliado o princípio da subsidiariedade, bem como no Direito Econômico, no qual já se observa que a Ordem Econômica tem positivada na Constituição objetivos que refletem os fins da própria Carta Magna, os quais, como os valores da mesma Ordem Econômica, devem ser não

⁵⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 186

só respeitados, mas concretizados, pela legislação infraconstitucional, que deve estabelecer uma eficaz rede de proteção a princípios como a livre concorrência.

Legislador e julgador devem observar a necessidade do Direito Penal e só então empregá-lo, mas como um das muitas ferramentas de proteção Constitucional, e não somente último fronte de batalha. Com a leitura constitucional do Direito Penal, deve se dar mais valor a sua operacionalidade, deixando-se de discuti-lo sob uma ideologia hierárquica dentre os ramos do direito, passando-se a analisar a sua melhor eficiência na proteção dos ditames constitucionais. Reforça-se, então, um duplo dever na proteção dos direitos determinados na Constituição: a defesa das garantias pelo Direito Penal e pelo Direito Econômico e a necessidade de maior eficiência destes na proteção dos bens, direitos e princípios eleitos para serem por eles amparados, com destaque para a Ordem Econômica.

A análise das infrações aos ditames constitucionais que constituem os objetivos e fundações da Ordem Econômica passa pela eleição de um mercado relevante, sendo, no presente estudo, escolhido o mercado de combustíveis, de grande importância para o desenvolvimento econômico nacional.

Em observância ao princípio da legalidade, a busca pela eficiência do Direito Penal passa pela melhor redação dos tipos penais, como se observa no caso da adulteração de combustíveis, delito contra a ordem econômica e o mercado de combustíveis, e especialmente contra a livre concorrência, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91, sendo apresentados Projetos de Lei para aumentar o rol de condutas típicas ligadas à adulteração de combustíveis, como com a inclusão dos atos de adulterar e estocar os produtos indevidamente e ilegalmente modificados, visando aumentar a punição dos adulteradores.

A discussão legiferante também passa pelo aumento da pena culminada ao tipo, visando a coibição da infração por sanção mais forte, além de se debater a possibilidade de se estabelecer legalmente a alçada para processamento do delito, evitando-se o conflito de competências entre a Justiça Estadual, a favor da qual

posiciona-se jurisprudência majoritária, e Justiça Federal, entendimento defendido pelo Ministério Público Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-Positivismo) in: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (org.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 502915. 1ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 13/02/2007. Publicado em 27/04/2007. Disponível em www.stf.jus.br acessado em 18 de março de 2012

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 503422. 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 28/11/2006. Publicado em 19/12/2006. Disponível em www.stf.jus.br acessado em 19 de março de 2012

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito nº 2004.61.08.004516-4. 1ª Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini. Julgado em 14/01/2006. Publicado em 21/02/2006, seção 2, p. 228. Disponível em www.in.gov.br acessado em 21 de março de 2012.

BRAZUNA, José Luiz Ribeiro. **Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. Vol. 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e Moralismo in: SARMENTO, Daniel (org.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 213-226

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 6 ed. ver. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

GUASTINI, Ricardo. A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 271-293

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KOMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. in: CUNHA, Sérgio Sérvulo de e GRAU, Eros Roberto (org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entendendo a Adulteração de Combustíveis**. 2006. Disponível em www.prsp.mpf.gov.br acessado em 10 de Março de 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco Guerra e NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os Princípios da Constituição de 1998**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

PROJETO de Lei nº 2.498/2003. Diário da Câmara dos Deputados, 26/11/2003, p. 63.820. Disponível em www.camara.gov.br. Acessado em 20 de março de 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In. NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 309-320

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

*Artigo recebido em 30 de agosto de 2012.
Artigo aceito para publicação em 14 de setembro de 2012.*