

# MERCADOS PROIBIDOS: A FALHA DA INTERVENÇÃO PENAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO<sup>1</sup>

Thaysa Oliveira de Lima e Souza<sup>2</sup>

Fillipe Azevedo Rodrigues<sup>3</sup>

Resumo: O objetivo do presente trabalho é rediscutir o sistema penal brasileiro fazendo o apontamento de determinadas normas de intervenção proibitivas de mercado, com o propósito de verificar se o direito penal atinge sua finalidade em face ao hodierno ordenamento jurídico pátrio ou se, ao contrário, acaba por desfavorecer o crescimento econômico e intensificar a prática de delitos violentos por via reflexa, colaborando, portanto, para o aumento da criminalidade no território nacional. Para isso, analisa-se a presença do exame de adequação e necessidade, com a utilização do critério da proporcionalidade como justificação e

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente na Revista da AMDE (Associação Mineira de Direito e Economia), Ano 2017, v. 17.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Potiguar. Estagiária do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Aluna pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais da UnP (GPCrim – CNPq).

<sup>3</sup> Professor, doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal, chefe da Divisão Pedagógica da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn), conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Norte, membro do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Potiguar (UnP) e Editor-chefe da Revista *Juris Rationis*. Integra também, na condição de investigador, o Instituto Jurídico Portucalense, Portugal. Possui graduação em Direito e mestrado em Direito Constitucional, ambos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Leciona no curso de Graduação em Direito da UnP, bem como colabora nas pós-graduações em Direito da UFRN, Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (Uern), da Faculdade Estácio de Sá e do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). É formador de magistrados - para educação presencial e a distância - habilitado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

verificação da constitucionalidade de intervenções legislativas em direitos fundamentais, a fim de impedir o excesso de medidas interruptivas da liberdade individual.

Palavras-Chave: Mercados proibidos; direito penal econômico; criminalidade. *JEL*: K14; K42.

## PROHIBITED MARKETS: THE FAILURE OF CRIMINAL LAW IN THE ECONOMIC DOMAIN

**Abstract:** The purpose of the present work is to rediscover the Brazilian penal system by pointing out certain norms of prohibitive intervention in the market with the purpose of verifying whether criminal law reaches its jurisdiction in the current legal system of the country or if, on the contrary, Disfavor economic growth and intensify the crimes that may be committed, thus collaborating to increase crime in the national territory. For this, it is analyzed if there is the adequacy and necessity exam with the use of the proportionality criterion as justification and verification of the constitutionality of legislative interventions in fundamental rights, in order to prevent the excess of interruptive measures of individual freedom.

**Keywords:** Prohibited markets; Economic criminal law; criminality. *JEL*: K14; K42.

### 1 INTRODUÇÃO



iante do embate político-ideológico sobre as necessidades sociais, surgem, na legislação, meios estatais de intervenção no domínio econômico, alcançando as relações entre os indivíduos, a atuação dos agentes econômicos no mercado e o controle da economia.

Passadas décadas da entrada em vigor do Código Penal e de suas diversas modificações por meio de atos normativos, é certo que este diploma não traduz todos os reais anseios da sociedade, necessitando, assim, de ajustes na padronização normativa de conduta dos cidadãos.

Trata-se da observância de uma legislação inadequada para a época. A definição dos bens jurídicos a serem protegidos e as condutas definidas como criminosas, desrespeitam, muitas vezes, o princípio da adequação social e a subsidiariedade das sanções penais. Aliás, esse descompasso histórico termina por sustentar o endurecimento das penas diante da crise na segurança pública e da sensação de impunidade.

Mitigar a sensação de impunidade não se traduz necessariamente em ampliação do sistema legal punitivo. A gestão cooperada e eficiente dos órgãos da segurança pública associada ao aperfeiçoamento do sistema penitenciário é demanda ainda mais urgente, que prescinde de alterações legislativas com caráter eminentemente simbólico, porquanto a expansão legal da pena não é garantia de efetiva punição.

Definida a problemática, o presente artigo tem como objetivo contribuir para a formação de perspectivas desenvolvimentistas, fazendo uma análise acerca da descriminalização de condutas que são impeditivas ao progresso econômico-social, utilizando, para tanto, o método hipotético-dedutivo.

O trabalho faz abordagens qualitativas que descrevem a complexidade da intervenção ineficiente do Estado com a proibição de mercados, que são operados independentemente de sua licitude. A pesquisa faz aplicação com ponto de vista explicativo por possuir apontamentos específicos com soluções dos reflexos negativos da proibição.

Dessa forma, o presente trabalho está segmentado consoante delineado abaixo.

O tópico dois fará uma breve consideração sobre a Análise Econômica do Direito e sua relevância para o ordenamento

jurídico.

O tópico três destaca sobre a intervenção no domínio econômico, elucidando quais os momentos, funções e formas que o Estado tem para intervir na economia, esclarecendo também a ausência da liberdade individual de livre concorrência frente ao monopólio estatal pela sua possibilidade de provocar escassez e fixar preços de mercados.

O tópico quatro passa a tratar da intervenção proibitiva do mercado e seus reflexos penais, que é a expressa proibição no fornecimento ou consumo de bens e serviços, onde é destacado o acesso restrito ao mercado do álcool durante a vigência da lei seca nos EUA. Nessa perspectiva, fazemos uma análise dos efeitos da medida repressiva de combate ao comércio de entorpecentes trazidos pela Lei Federal n.º 11.343, de 2006. Destaca-se ainda o art. 50 da Lei das Contravenções Penais, no qual se trata do jogo de azar e sua estrutura de regime estatal monopolista que também merece atenção no tocante à eficiência da norma proibitiva. Outro ponto evidenciado ainda no tópico três é o mercado do sexo, no qual a prostituição é considerada profissão autônoma pela Classificação Brasileira de Ocupações, mas todas as demais atividades associadas à prostituição são, em princípio, tipificadas como crime, o que cria uma ambiência delitiva, ou seja, mais um mercado ilícito.

O tópico cinco destaca a (in)constitucionalidade dessas intervenções proibitivas trazendo o conceito de bem jurídico e explanações acerca da eficácia da proteção penal dos bens que devem ser tutelados.

Com essa ideia, procede-se a uma análise da criminalização de condutas que consubstanciam impedimento ao progresso da sociedade.

## 2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em uma explanação preliminar, é importante destacar

que a expressão “econômica” não se assemelha com a realidade de mercado, mas sim com as ciências econômicas como estudo do comportamento humano.

No final do século XIX e início do século XX, o realismo jurídico foi tido como os primeiros passos da Análise Econômica do Direito, influenciado pelo autor escandinavo Alf Ross.

A abordagem econômica do direito se divide, hoje, em duas grandes frentes: AED *Positiva (Descritiva)* e AED *Normativa (Prescritiva)*. Para Richard Posner, a frente *Positiva* preocupa-se em analisar a estrutura jurídica vigente, propondo construções hermenêuticas que podem torná-lo mais eficiente. Para a tendência *Normativa*, Posner demonstra que o conceito econômico de eficiência é um dos principais parâmetros valorativos do Direito. (RODRIGUES, 2014, p. 60-61).

A aplicação da AED pelos juristas parte de uma premissa da Teoria da Escolha Racional<sup>4</sup>, na qual toda escolha pressupõe um custo, denominado custo de oportunidade, que é o comportamento previsível e típico da escolha racional. A ponderação dessas escolhas maximizantes chama-se função de utilidade, o qual deve ser associada as restrições no processo de escolha, denominadas de restrição de viabilidade<sup>5</sup>.

A teoria de viés utilitarista tem como ideia a inexistência de pessoas que não ajam em prol de seu bem estar, considerando assim, de forma exemplificativa, que todo o ser humano visa a sua satisfação individual. Metaforicamente, o conceito de *homo*

---

<sup>4</sup> “A Teoria da Escolha Racional parte da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais. Ao se deparar com um conjunto de opções (chamado conjunto de oportunidade), cada indivíduo (chamado de agente representativo) toma as decisões que lhe pareçam mais adequadas para atingir seus objetivos” (SALAMA, 2008, p. 49).

<sup>5</sup> Para Fillipe Rodrigues “o equilíbrio na transação entre dois indivíduos maximizadores depende do nível de informação que ambos possuem a respeito do bem ou interesse transacionado. De modo que, na hipótese de uma das partes ser detentora de mais informação, tanto em caráter quantitativo como qualitativo, o mecanismo de mercado não levará a trocas eficientes para ambos os agentes” (RODRIGUES, 2014, p. 65).

*sapiens* cede lugar ao conceito de *homo economicus*, do qual conclui-se que os homens vivem pelo custo da oportunidade de suas escolhas, sendo essas escolhas, conseqüentemente, detentoras de seus riscos.

Por exemplo, o risco da escolha está no momento em que um ladrão decide furtar algo, pois na maioria dos casos ele observará o local com menor risco de punição (ser pego), e com o objeto que mais valerá a pena para ele furtar (juízo de utilidade).

Feitas essas breves considerações, demonstra-se que o estudo econômico do direito apresenta-se cada vez mais relevante para várias questões jurídicas, merecendo ser debatido e aprofundado.

Com isso, cabe promover uma análise juseconômica sobre a intervenção no domínio econômico, partindo da origem do correspondente ramo das ciências jurídicas, o Direito Econômico.

Em um Congresso realizado em Jena (Alemanha) em 1912, foi aprovado o Manifesto por um Direito Moderno ou por um novo Direito, no qual era proposta a revisão do método de análise e de aplicação do Direito, à luz das recentes modificações ocorridas na sociedade alemã, ideias que norteariam a elaboração da Constituição alemã em cujo texto encontra-se um capítulo sobre a vida econômica, regulando o papel do Estado no sistema econômico (NUSDEO, 2015, p. 335).

Nesse sentido, o direito econômico surge como uma necessidade de controle da atuação dos agentes econômicos no mercado em busca de sua eficiência, visando a identificar se o comportamento dos indivíduos e das instituições é afetado pelas normas legais, bem como comparar e identificar quais as melhores normas quando se trata de rigorosidade de medidas para o bem-estar social.

### 3 INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Partindo de um pressuposto lógico, observa-se que com a evolução da sociedade, a vida cotidiana trouxe a necessidade de novos bens e novos serviços, criando um modelo econômico de mercado, sopesando escassez e limites jurídicos, contexto que aproxima o Direito a Economia.

As disposições sobre a ordem econômica e financeira brasileira apresentam-se na Constituição Federal em seu art. 170, preservando os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Sistemas ou modelos econômicos são, especificamente, a forma pelo qual o Estado organiza suas relações sociais de produção, na qual estrutura sua política, isto é, a forma adotada pelo Estado no que se refere a propriedade dos fatores de produção e distribuição do produto do trabalho (FIGUEIREDO, 2016, p. 40).

Esse sistema constitucional de propriedade privada dos meios de produção, tem sempre em seu horizonte a preservação de liberdades individuais pela livre iniciativa e direitos sociais e difusos, como o valor social do trabalho, ambiente ecologicamente equilibrado e fins que assegurem a existência digna conforme os ditames da justiça social.

A forma de atuação do estado no sistema econômico distingue-se em quatro modalidades, sejam elas: (i) por direção; (ii) por absorção; (iii) por participação; e (iv) por indução<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Em ADI 3512/ES, Rel. Min. Eros Grau, publ. 23.06.2006, o STF entendeu que “1. É certo que a ordem econômica na CF de 1988 define opção por um sistema do qual joga um papel primordial na livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas, e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas

A atuação por direção diz respeito às regulações imposta a todos os agentes econômicos.

A intervenção por absorção e participação é a atividade econômica desempenhada diretamente pelo Estado ou por entidade criada por ele, Fábio Nusdeo (2001, p. 45-46) explica que “são as empresas ou entes estatais que podem absorver por inteiro um dado setor produtivo ou dele participar como uma de suas unidades operativas”.

Assim, na absorção, o Estado age com monopólio, já na participação a empresa estatal atua em concorrência com a esfera privada, sem perder a capacidade de influência.

Nusdeo (2001, p. 45-46) explica ainda que pela quarta modalidade, o Estado não impõe nem absorve, mas induz a certos comportamentos ou decisões através de medidas premiais ou mediante punições de ordem tributária ou administrativa, como exemplo, o aumento da carga tributária extrafiscal sobre atividade de importação. Faz-se perceber os inúmeros instrumentos disponíveis que demonstram a capacidade de influência do setor público.

O art. 173 da CF disciplina a participação/absorção quando a restringe nos seguintes termos: “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Quanto à atuação do Estado como agente normativo regulador, veja-se o art. 174 da CF:

Art. 174. CF. “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

A premissa adotada para funcionamento regular do mercado impõe a supervisão e a fiscalização dos agentes

---

também pelo trabalho. Por isso, a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”, não a priviligia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. [...]”.



econômicos, tendo como finalidade a prevenção e reparação de danos.

Para Fillipe Rodrigues (2016, p. 211), “a supervisão e a fiscalização do mercado, por sua vez, fundadas em um conjunto de normas pertinentes ao funcionamento do setor em questão, consistem na sua regulação e, em sendo tal setor impactante no domínio econômico, a regulação assume a qualidade de regulação econômica, podendo-se manifestar tanto na esfera pública como na esfera privada (autorregulação)”.

Gradativamente, observa-se o Estado preparar um arcabouço jurídico funcionando de forma descentralizada, dando suporte aos mecanismos de mercado de forma controladora, destinado a impedir as consequências indesejáveis de seu funcionamento.

“O poder do monopolista de provocar a escassez e fixar preços significa a compulsória entrega a ele de parcela extra da renda do consumidor. A defesa intransigente da liberdade do indivíduo frente ao poder político poderia levá-lo a perda dessa liberdade frente ao poder econômico, por alguma forma manifestado. Começa-se assim a falar na intervenção do Estado na economia ou no domínio econômico.” (NUSDEO, 2001, p. 45).

Verificando que o Estado costuma intervir no domínio econômico sob o propósito de prevenir os impactos que ele mesmo julga como negativos, é observada sua manifesta ineficiência, porquanto o vendar dos olhos do Estado para os reais problemas sociais em setores sensíveis é o que vem resultando no aumento gradativo da criminalidade.

#### 4 INTERVENÇÃO PROIBITIVA DO MERCADO E SEUS REFLEXOS PENAIIS

Uma das manifestações mais fortes e rigorosas da intervenção no domínio econômico é a intervenção proibitiva de mercado, que pode ser uma proibição do fornecimento de bens e serviços, uma proibição no consumo de bens e serviços, bem como

uma proibição total no mercado, seja de fornecimento e consumo de bens e serviços, que possuem finalidades de interesse público e liberdades individuais.

Com todas essas manifestações, entende-se que para o Estado não basta restringir ou regradar, para ele, deve haver intervenção rigorosa para disciplinar o mercado<sup>7</sup>.

É o que se verifica com um dos grandes exemplos do Séc. XX de manifestação de intervenção proibitiva estatal, a lei seca dos EUA, que passou a restringir acesso ao mercado do álcool, pois se entendia que os bens e os serviços prestados causariam danos sociais, restando necessário um controle e uma maior intervenção estatal pela proibição.<sup>8</sup>

Por todo o território americano, durante o período de 16 de janeiro de 1920 a 5 de dezembro de 1933, milhares de litros de bebidas alcoólicas foram jogados fora por uma lei que seria praticamente impossível de ser aplicada.

A finalidade da proibição devido à saúde pública e toda sua toada moralista de costumes e valores, não resultou em reflexos sociais dos mais positivos. O consumo ilegal de álcool já era generalizado, estima-se que havia nos EUA mais de 32 mil bares clandestinos pertencentes a gangsteres, que conduziam seus prósperos estabelecimentos sem pagar nenhum imposto.

---

<sup>7</sup> “Os modelos econômicos, desenvolvidos nos parâmetros ideais de mercado, assim como as leis da física, operam com margens de variância, pois o comportamento previsível do indivíduo maximizador está susceptível ao fluxo de diversos outros aspectos sociais e culturais, a custos de transação, bem como as chamadas falhas de mercado, entre as quais cabe destaque às assimetrias de informação e às externalidades” (RODRIGUES, 2014, p. 65).

<sup>8</sup> “Nos termos expostos por Ana Lúcia Pinto Silva, Bráulio Borges, Carlos Eduardo Carvalho e Cláudia Viegas: As falhas de mercado mais comumente encontradas são: a) assimetria de informação; b) externalidades; c) recursos comuns; d) bens públicos; e) monopólio. Diante dessas situações, transações mediadas exclusivamente pela variável preço não resultarão em uma alocação eficiente de recursos. Ou seja, o resultado final será distinto do obtido em concorrência perfeita, e a intervenção do Estado, via regulação econômica, ou a busca de contratos mais complexos que aqueles obtidos exclusivamente pelo funcionamento do mecanismo de mercado serão requeridos para mitigar o efeito das falhas de mercado de forma a aproximar o resultado final daquele obtido em concorrência perfeita”. (SILVA, 2012, p. 521).

Al Capone, o maior Gangster de Chicago que abastecia seus bares clandestinos com um enorme estoque de bebidas ilegais, foi responsável pelo cometimento de inúmeros crimes.

Eis a maior demonstração de produto dessa proibição de mercado: Al Capone, como símbolo do crime organizado. Assim como outros grandes empresários do crime, é perceptível o reflexo da proibição, afinal, proibindo-se o mercado, agentes já habituados a delinquir agem sob o monopólio do mercado ilícito, o empenho desses indivíduos ao crescimento desse mercado, torna-o financeiramente mais forte, porquanto restringe-se a concorrência e inexistem impostos.

Com isso, cumpre sublinhar que o fato gerador impeditivo da comercialização de bebida alcoólica nos EUA, liga, diretamente, a intervenção no domínio econômico de caráter proibitivo ao Direito Penal.

No caso brasileiro, deve-se observar a Lei Federal n.º 11.343, de 2006, que “institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências”.

A referida Lei, criou um sistema de combate ao fornecedor da droga, que age de forma enfática na tutela estatal equiparada a crime hediondo, elevando a quantidade da pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de 50 a 360 dias multas, conforme o art. 12 da Lei Federal n.º 6.368/76, para 5 a 15 anos de reclusão e o pagamento de 500 a 1.500 dias-multa, nos termos da nova Lei de 2006.

Para o combate ao tráfico, investiu-se fortemente na polícia, deixando, em consequência, a valorização da droga e o aumento de seu preço como externalidade negativa da medida. Aquele delinquente que se arrisca diante da forte repressão da polícia transformar tal cenário em custo da droga que virá a

fabricar ou traficar, fazendo perceber que a Lei destinada a combater o tráfico foi a Lei que permitiu ao traficante de antes de 2006 se transformar em um destacado empresário do crime, mais difícil de capturar pela quantidade de agentes envolvidos em sua organização criminosa, gerando efeito completamente oposto.

Cumprido destacar que a mesma Lei repressora do tráfico de drogas preservou, na rua, o mercado consumidor da droga a partir do momento que despenalizou com o encarceramento o consumo.

Fácil, neste século, é encontrar usuário de drogas não criminógenas – aquelas que não geram o vício –, esses consumidores não são mais retirados da rua, nem são punidos com sanções de pena privativa de liberdade, criando um ciclo onde sempre haverá consumidor para o mercado.

É importante mencionar que os grandes resultados econômicos de facções criminosas como o PCC são externalidade da escolha pública veiculada na Lei de Tóxicos. Por exemplo, caso o tabaco fosse criminalizado, certamente integraria o “cardápio” de grandes “empreendedores” do mercado ilícito. Não quer dizer que o contrabando de cigarro não exista, todavia não gera efeito de violência reflexa, visto que o delinquente ainda concorre com o mercado lícito. Proibir mercados atrai delinquentes para explorá-lo, independentemente das oscilações econômicas normais.

Sabe-se que, atualmente no Brasil, o consumo de drogas não é apenas um grande problema social, mas também representa um dos maiores e mais graves problemas de saúde pública. A comercialização das drogas possui um efeito de inelasticidade, no qual os consumidores não reagem à variação de preço. A quantidade de usuários de drogas cresce diariamente, evidenciando um cenário de crise com projetos ineficientes, advindos de uma política pública omissa em seus mecanismos de combate e prevenção.

Outro mercado proibido que tem relevância no tocante à

regulação econômica é a contravenção do art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, que dispõe a respeito dos jogos de azar, cujo aspecto regulador é utilizado como um modelo de absorção do mercado pela intervenção monopolista da Caixa Econômica Federal.

Jogo de azar

Art. 50. “Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena: Prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação á perda dos móveis e objetos de decoração do local”.

*O Decreto-Lei Nº 9.215, de 30 de abril de 1946, considera que a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal; que a legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a esse fim; que a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro é contrária a prática e à exploração de jogos de azar; e que, das exceções abertas à lei geral, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes.*

O jogo de azar, conforme se vê, é contravenção penal desde 1941, e não subsistem dúvidas de que ao decorrer dos anos houve mudanças históricas e costumeiras que modificassem a eficiência da norma. Nos dias presentes, faz-se do jogo de azar um serviço de lazer e diversão, sendo, portanto, um setor relevante de mercado.

Conforme reconhece o Senado Federal, o Brasil abstém-se de arrecadar R\$15 bilhões de reais anuais com a falta de regulamentação dos jogos de azar. Outrossim, evitando a criação de milhares de empregos e impedindo o fortalecimento da política de desenvolvimento regional por via do turismo.

Adota-se, pois, o regime do monopólio no qual há somente um vendedor – Caixa Econômica Federal – detentor de um poder econômico capaz de manipular este mercado em sua totalidade.

O mercado do sexo, por sua vez, é outro sensível de

análise, mas que possui total relevância para os reais problemas que assolam o cotidiano das pessoas nele inseridas.

O Código Penal, na maior parte do seu Capítulo V, proíbe inúmeras condutas relacionadas à prostituição, porém não criminaliza a profissão em si, fazendo com que não seja crime prestar o serviço, mas que seja crime o favorecimento da prostituição, rufianismo, casa de prostituição e promoção ou facilitação da entrada de alguém em território nacional ou estrangeiro.

Esse tipo de regulação faz obrigatoriamente com que se crie um mercado ilícito para a prostituição. É o exemplo da profissional que reside com outra pessoa dependente de seu sustento. O valor recebido na prostituição servirá como orçamento familiar, entretanto dispõe o Código Penal que “tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar no todo ou em parte por quem a exerça” é conduta punível com reclusão de um a quatro anos e multa.

Alexandre Pinto (2012, p. 50) explana que “as profissionais do sexo (as prostitutas) têm sua atividade “profissional” regularmente cadastrada na CBO – Classificação Brasileira de Ocupações, sob o nº 5198-05 – Profissionais do Sexo – Garota de Programa, Garoto de Programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da Vida, Prostituta, Trabalhador do Sexo. Todavia, apenas como profissionais autônomas”.

No mercado da prostituição, pode-se considerar que há um regime de concorrência perfeita, considerando a interação de grande número de agentes em interação recíproca, seja na oferta ou na procura.

É necessário observar que há consumo e há necessidade da regulação do mercado da prostituição, não basta classificá-lo como atividade autônoma. Deve-se trazer condições dignas de fornecimento, obedecendo as garantias mínimas do trabalhador, incluindo todos os direitos trabalhistas para aqueles que optem por esse mercado.

## 5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL DE PROIBIÇÃO DE MERCADOS

Importante fazer menção ao conceito de bem jurídico, por ser a fundamentação e o limite da criação dos tipos penais.

Para Bitencourt (2015, p. 348) “diante do atual momento de expansão do Direito Penal, resulta, como mínimo, uma tarefa complexa deduzir o conceito e conteúdo de bem jurídico, como objeto de proteção do Direito Penal”.

É certo que o Direito Penal possui como função a tutela de bens jurídicos considerados mais relevantes para a vida em sociedade, e, para a eleição desses bens jurídicos, cumpre realizar um juízo de valor sobre o objeto ou situação social e qual o grau de importância em relação ao desenvolvimento do indivíduo como ser humano (fragmentariedade).

A evolução social engendra novas perspectivas de atribuição de valor novos bens e interesses, valorização esta que possui o condão de satisfazer necessidades, realização de vontades e utilidades, bem como o processo reverso de descriminalização por adequação social.

Assim, diante da escassez, cria-se ou não a necessidade interventiva – normatização –, cuja necessidade é conservada pelo princípio da legalidade, no qual faz a vedação de determinadas condutas quando consideradas prejudiciais ao bem jurídico.

As decisões legislativas penais padronizam as relações sociais nesse intento e, por serem uma forma de regulação estatal da sociedade e das liberdades individuais, deve ser verificadas e reavaliadas no que diz respeito a sua eficiência e adequação social.

Comumente, verifica-se que os legisladores não selecionam de forma eficaz os bens que devem ser penalmente tutelados, trazendo assim, reflexos bastante negativos para as liberdades individuais e o progresso social.

Para fiscalização da constitucionalidade desses tipos penais, deve-se observar se há equilíbrio entre a função legislativa e o direito fundamental protegido, se a norma representa uma intervenção aos direitos fundamentais de liberdade, à liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão e à livre iniciativa, todos consignados na Constituição Federal. Para tanto, utiliza-se o critério da proporcionalidade *lato sensu* e seus respectivos subcritérios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito.

A Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, defendida por Leonardo Martins, assevera que o Estado tem o ônus argumentativo no procedimento de justificação constitucional, devendo demonstrar a constitucionalidade de sua intervenção a partir de uma análise jurídico-dogmática da proporcionalidade<sup>9</sup> em sentido amplo, que corresponde a análise da licitude de meios e propósitos, da adequação dos meios eleitos para alcançar os propósitos almejados e por último, da necessidade da medida interventiva, que deve ser a menos gravosa dentre aquelas igualmente idôneas.

Entenderemos a proporcionalidade como mandamento constitucional que objetiva verificar a constitucionalidade de intervenções estatais a um direito fundamental, mediante avaliação de sua licitude e da licitude dos fins pretendidos, assim como da adequação e necessidade da intervenção para fomentar determinada finalidade. (DIMOULIS, 2014, p. 177).

Nesse sentido, é oportuno dizer que o comportamento humano cujas consequências não afrontem o sentimento social de justiça deve estar isento de intervenção penal. Portanto, os crimes relacionados à prostituição e a contravenção de jogos de azar, bem como o comércio de drogas, demandam uma reflexão

---

<sup>9</sup> O conceito foi inicialmente elaborado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo decisão prolatada na década de 1960, o “princípio” (*Prinzip*) da proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais”. Em seguida, o mesmo tribunal afirmou que, por essa razão, a proporcionalidade, embora não positivada no texto constitucional, possui *status* constitucional (DIMOULIS, 2014, p. 178-179).



especial diante dos princípios da adequação social, da intervenção mínima do Direito Penal e da necessária eficiência da Administração.

Assim como aconteceu nos EUA na vigência da lei seca, a criminalidade vem se expandindo no Brasil de forma gradativa. O fator de proibição de mercados tem como produto a expansão da lavagem de capitais e a sofisticação do crime organizado, o que demonstra a ineficiência de tais intervenções no domínio econômico.

## 5 CONCLUSÃO

A intervenção no domínio econômico se dá tanto por via legislativa como por via administrativa, qual seja, a regulação das agências que disciplinam determinados mercados apontados como causadores de danos sociais e coletivos, é o caso da proibição de certas drogas através de uma norma penal em branco complementada pela regulação da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Os institutos jurídicos proibitivos de mercado, delineados nos tópicos anteriores, podem ser considerados como normas meramente simbólicas. Partem da premissa de que a criminalização de conduta garante a preservação da paz pública, ainda sob a sensação de que o crime, uma vez tipificado, passa a ser objeto de reflexão apenas quanto á forma de controle pelas autoridades, evitando-se o debate sobre a escolha pública da criminalização da conduta, prévio e, nos casos dos mercados proibidos, muito mais importante. O mote, contudo, é o estímulo demagógico de criação de figuras penais desnecessárias, contribuindo, portanto, para a extensão de mercados ilícitos, cada vez mais fortes e de difícil combate.

Utilizando a teoria da escolha racional, na abordagem normativa, este trabalho propõe a descriminalização de mercados e sua conseqüente regulação, criando um espaço de licitude,

a exemplo do comércio de drogas. O objetivo vislumbrado é a redução da criminalidade violenta decorrente do *modus operandi* de tais mercados ilícitos. Afinal, a rotulagem de determinada prática como ilícita enseja, por outro lado, uma oportunidade de mercado vantajosa e monopolista, antes inexistente, para aqueles agentes econômicos cuja maximização do seu bem estar já envolvia a conduta criminosa habitual.

No tocante ao mercado da prostituição, a intervenção estatal proibitiva não eliminou a violência de sua exploração. Por outro lado, assim como dito acima, o operador da exploração sexual tem como perfil atribuir utilidade a ganhos econômicos escusos. Os rufiões atuais não se constroem com a intervenção penal e, assim, o mercado fica adstrito a esse perfil de agente econômico, ausentes as obrigações com a dignidade dos trabalhadores e profissionais do sexo em função.

Ademais, a contravenção penal do jogo de azar, enquanto operado por absorção estatal (loterias da Caixa Econômica Federal) não possuem sentido lógico de intervenção punitiva, diante da tolerância moral e de sua prática lícita sob o controle do Poder Público. A livre concorrência e a regulação do setor, associadas ao incremento da arrecadação fiscal, constituem motivos mais do que suficientes para mudar o arcabouço jurídico relacionado à prática em prol de sua despenalização.

Impõe-se que o ordenamento jurídico se guarnea de instrumentos eficientes para salvaguardar dos ditames constitucionais de liberdade e desenvolvimento econômico.

É nesse sentido que se desenvolveu o presente estudo, demonstrando a necessidade de passar em revista o ordenamento jurídico criminal brasileiro, apresentando pontos críticos dos mercados proibidos pelo atual Direito Penal, e a relação destes com incentivos ao exercício da atividade criminal violenta.

Evidenciada as situações jurídico-normativas que se tornam insuficientes por não cumprirem sua missão, e de terem servido como mecanismos instigadores da prática delituosa, é

preciso, pois, que se diagnostiquem as causas daquilo que se busca combater, sempre demonstrando a proporcionalidade das medidas interventivas, a fim de extirpar o problema em foco.

Assim como há falhas de mercado, há falhas de Estado. A partir disso, é cabível inferir as motivações pelas quais não se tem buscado dotar de eficiência o sistema jurídico-penal brasileiro. Vale dizer: deve-se demonstrar o porquê de, em sua grande maioria, as alterações legislativas em sede penal ocorrerem diante de algum apelo ou clamor social.

Em um pequeno cardápio de itens que o Estado rotulou como mercado ilícito, a intenção foi apresentar a pertinência do estudo interdisciplinar do Direito e Economia (Law and Economics) como ferramenta norteadora de políticas públicas, a fim de maximizar a utilidade da legislação e evitar impactos econômicos e sociais indesejáveis na perspectiva constitucional.



## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral 1* – 21. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 20 set. 2017
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 set.

2017

- BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em 20 set. 2017
- BRASIL. *Lei Federal n.º 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017
- CARVALHO, Ivan Lira. *O direito penal como instrumento inibidor da violência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 18., pág. 69. Abr. 1997.
- DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*/ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, p.1-33, 2011.
- HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. In: Revista síntese de direito penal e processo penal, n.º 18, p. 144-157, 2003.
- LEÃO, Saimon Medeiros. *O Investimento no Regime Semiaberto como Forma de Redução da Reincidência Criminal no Rio Grande do Norte*, Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate, v.4, n. 1, maio.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional*. 5ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MISSE, Michel. *As ligações perigosas: Mercado informal ilegal, narcotráfico e violência no Rio*. Contemporaneidade e Educação, v.1, n. 2, 1997., pp. 93-116.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico* – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- PINTO, José Alexandre. *Direito do Trabalho Aplicado* – Natal: Lucgraf Editora e Gráfica Ltda, 2012.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Intervenção pública e proibição do insider trading Eficiência e ultima ratio na responsive regulation*. RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 211-238. <disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522907/001073207.pdf?sequence=1>>.
- SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Ana Lúcia; et ali. Principais conceitos econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord.). *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SOUZA, Thaysa Oliveira de Lima e. *Sociedade de riscos e crimes ambientais: um breve estudo de caso do desastre em Mariana - MG*. Revista jurídica Luso brasileira, v. 05, p. 1497-1519, 2016.