

Carol Elizabeth Conway

DIREITO ECONÔMICO SANCIONADOR
COORDENAÇÃO DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL
EM MATÉRIA DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO

São Paulo
2014

Carol Elizabeth Conway

DIREITO ECONÔMICO SANCIONADOR
COORDENAÇÃO DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL EM
MATÉRIA DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Trabalho dissertativo submetido à Faculdade de Direito da USP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor FÁBIO NUSDEO.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO

São Paulo
2014

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Educar vem de *ex ducere*, que significa levar para fora. Durante a elaboração deste trabalho, tive a inesquecível oportunidade de ser orientada por um vocacionado na arte do educar. Ao querido professor Fábio Nusdeo, minha eterna gratidão pelo compartilhamento sincero de seus infindáveis conhecimentos, com a simplicidade e dedicação de quem sente amor pelo que faz e ao próximo.

À Judith Brito, pelo incentivo e compreensão, muitas vezes silenciosa, com as horas dedicadas na elaboração deste trabalho. Pelo exemplo de que na vida profissional é possível vencer com dedicação, retidão e com a humildade que só os verdadeiros sábios têm.

À Elinor Cristóforo Cotait, pelo incentivo, amizade e exemplo profissional, que muito enriqueceram a experiência que culminou na elaboração deste trabalho.

Agradeço também à Heloisa Estellita, pela revisão e discussões sobre Direito Penal e à Guilherme Favaro Corvo Ribas e Tomás Felipe Schoeller Paiva pelos livros emprestados e atenciosas discussões sobre o tema.

Aos meus pais, o início e o fim de tudo.

RESUMO

CONWAY, Carol Elizabeth. *Direito Econômico Sancionador*. Coordenação das esferas administrativa e penal em matéria de abuso de poder econômico. 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

A Constituição de 1988, seguindo a moderna tendência de delegação à administração de funções que vão além do exercício de poder de polícia e de atividades econômicas pela via direta, traçou como objetivo da máquina pública a efetiva contribuição para o alcance de um modelo que equilibre, de um lado, as liberdades sociais, com amplo desenvolvimento e dignidade humana, e, de outro, o exercício da liberdade de iniciativa empresarial, fruto do modelo capitalista em vigor.

Sob a ótica infraconstitucional, para alcançar tais objetivos, faz-se necessário repensar o papel do Direito, de modo que se busquem métodos que permitam a difícil, porém não impossível tarefa de equilibrar tais interesses. O Direito Econômico é a resposta para a concretização dessa tarefa, graças à sua vocação metodológica de integração dos ramos tradicionais do pensamento jurídico, aproximando teoria e prática.

Partindo do tema da sanção ao abuso de poder econômico, este trabalho versa sobre a necessidade de uma melhor coordenação entre os direitos administrativo e penal, ambos legitimados a punir agentes que se exacerbem no exercício da liberdade de iniciativa, para que melhor se possa acomodar o arranjo institucional necessário aos objetivos traçados.

Serão analisados, neste estudo, aspectos teóricos e legais das duas matérias, de modo que se identifiquem os temas e as sanções que, embora independentes, devem ser coordenados tanto sob a ótica dos incentivos à cooperação dos agentes com as autoridades quanto sob a ótica de um direito único e de sanções eficazes.

Analisar-se-ão, também, os modelos adotados em diversos países para tratar do tema e, ao final do trabalho, serão propostas melhorias legislativas e principiologia doutrinária para o nosso ordenamento.

Com a criação de diversos órgãos administrativos judicantes, que, sem pretender substituir o Judiciário, procuram contribuir com o mencionado equilíbrio constitucional, tal como é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ganha ainda mais relevo o já consagrado princípio da subsidiariedade penal, bem como a necessidade de efetiva garantia das garantias principiológicas de contraditório e da ampla defesa no campo da administração e do processo administrativo. A fortificação das estruturas processuais e procedimentais de coordenação das sanções administrativa e penal favorece não apenas o indivíduo, mas principalmente a coletividade, mediante a incorporação de um sistema mais ágil e especializado e principalmente dos incentivos para a prevenção de infrações, que decorre da certeza de aplicação da sanção em caso de abuso de poder econômico.

Palavras-chave: Direito Econômico Sancionador. Direito Administrativo. Direito Penal. Sanção ao abuso de poder econômico. Coordenação entre sanções administrativas e penais.

ABSTRACT

CONWAY, Carol Elizabeth. Sanctioning Economic Law. Coordination between administrative and criminal law in economic power abuse. 2014. Dissertation submitted for the degree of Master in Economic Law (Master). São Paulo University Law School, 2014.

The Brazilian Constitution, following the modern trend to empower the public administration to develop tasks that goes beyond the classic policy powers and direct services, fixed as a goal to be implemented by them the achievement of a environment that combines, in one side, the social freedom, with special attention to the development of the human dignity and the overall development of the country, and, in the other side, the freedom of corporate initiative, as a premise of the capitalism.

Under a infraconstitucional point of view, to reach these goals is necessary to think about the role of the law itself, to search for methods that can give a solution to the hard- but not impossible- task of equalize the two sides mentioned above. The Economic Law is the answer to the achievement of the goal, thanks to its methodological vocation to integrate the traditional law topics, approximating legal theory and the human and markets behavior.

Starting from the study of the sanction, this work talks about the need of a better coordination between administrative and criminal law, both legitimate under Brazilian law to punish those who violate the competition and freedom of initiative, which is necessary to achieve the new constitutional goals.

Along the work it will be analyzed theoretical and legal aspects of administrative and criminal law to identify the aspects that needs a better coordination in terms of authority cooperation incentives and effectiveness, although the authorities remains independent to enforce the law.

It will be also analyzed the overseas legislation and way of coordination between administrative and criminal authorities, and in the end of the work there will be some suggestions of law modifications and a doctrinaire principle.

Considering the creation of several agencies that develop jurisdictional functions to contribute to the balance of constitutional goals mentioned above without the intention to substitute courts just as Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE- the Brazilian competition authority- there is even more relevant to apply the principle of criminal law subsidiary and the due process of law in the field of administrative law and its procedural. The fortification of the process structure favors not only the individual but also the society as a whole, as its output is a better system to prevent and punish misconducts that derives of the certainty of punishment in cases of economic power abuse.

Keywords: Sanctioning Economic Law. Administrative Law. Criminal Law. Sanctioning the abuse of economic power. Coordination between administrative and criminal sanction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Justificativa da escolha do tema: importância e limitações	12
Problema de pesquisa e principais questões a serem analisadas	18
1 A POLÍTICA AO DIREITO SANCIONADOR.....	21
1.1 Da Política à Sanção em Matéria Concorrencial.....	25
2. O DIREITO ECONÔMICO: CONCEITO E RELEVÂNCIA	28
3. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E A REPRESSÃO AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO.....	34
4. O DIREITO CONCORRENCIAL	41
4.1 Origens	41
4.2 Histórico no Brasil.....	44
4.3 O “mérito” no direito concorrencial brasileiro.....	49
5. DIREITO SANCIONADOR DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO	59
5.1 Introdução.....	59
5.2 Natureza do direito administrativo moderno	60
5.3 Natureza da sanção no Direito Administrativo moderno.....	62
5.4 Direito Administrativo Sancionador – fronteiras com o direito penal	64
5.5 Das sanções por abuso de poder econômico.....	68
5.5.1 Sanções administrativas	68
5.5.2 O processo administrativo	69
5.5.3 O instituto da leniência: importante ferramenta para a sanção administrativa ao abuso de poder econômico.....	73
5.5.4 Termo de Compromisso de Cessação de Práticas: transação versus aplicação de sanções administrativas	75

5.6	Sanções penais	78
5.6.1	Sanção penal – aspectos teóricos essenciais	78
5.6.2	Base normativa	81
5.7	Dos meios de prova admitidos (exclusivamente) em matéria de sanção penal	90
5.8	Discussões acerca da utilidade e necessidade da sanção penal	93
6.	SANÇÃO DOS ILÍCITOS ECONÔMICO-TRIBUTÁRIOS E A COORDENAÇÃO DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL	100
7.	A SANÇÃO DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	107
7.1	Sistema alemão	107
7.1.1	Diplomas e autoridades	107
7.1.2	Interação entre as autoridades administrativas e criminais	108
7.1.3	Atividade sancionadora em números	110
7.2	Sistema espanhol	112
7.2.1	Diplomas e autoridades	112
7.2.2	Interação entre as autoridades administrativas e criminais	113
7.2.3	Atividade sancionadora em números	115
7.3	Sistema americano	115
7.3.1	Diplomas e autoridades	115
7.3.2	Interação entre as autoridades administrativas e criminais	116
7.3.3	Atividade sancionadora em números	118
7.4	Sistema francês	118
7.4.1	Diplomas e autoridades	118
7.4.3	Interação entre as autoridades administrativas e criminais	120
7.4.4	Atividade sancionadora em números	121
7.5	Sistema inglês	121
7.5.1	Diplomas e autoridades	121

7.5.3	Delimitação de competência entre as autoridades	123
7.5.4	Atividade sancionadora em números	125
7.6	Sistema italiano.....	126
7.7.1	Delimitação de competência entre as autoridades	128
7.7.2	Atividade sancionadora em números	129
7.8	União Europeia.....	129
7.8.1	Diplomas e autoridades	129
7.8.2	Delimitação de competência entre as autoridades	131
7.8.3	Atividade sancionadora em números	131
7.9	Conclusões parciais.....	132
8.	CONCLUSÕES – ESPAÇOS DE EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE SANÇÃO EM MATÉRIA DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO.....	135
8.1	Um princípio para o Direito Econômico Sancionador	145
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	147

INTRODUÇÃO

Introduzo o trabalho com um trecho da clássica obra de Cesare Beccaria.¹ Diz o autor:

a moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem. E toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constrangida a ceder. Assim, a menor força, continuamente aplicada, destrói por fim um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento.

Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir. Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a se reunir.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com maior segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois, tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros.

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. [...] Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 9.

A dissertação que se apresenta pretende tecer considerações sobre o modo e os limites do exercício do direito de punir do Estado quando se trata de um dos mais relevantes bens inseridos no “depósito” de Beccaria: a liberdade econômica.

Objetiva, mais especificamente, abordar as sanções administrativas e penais em matéria de abuso de poder econômico – principal manifestação do transbordamento das fronteiras lícitas de exercício da livre-iniciativa – e, utilizando-se dos fundamentos do direito econômico como um método, fazer um estudo sistemático para analisar e teorizar o direito econômico sancionador (do abuso do poder econômico) moderno.

Conforme os ensinamentos de Comparato:

Não basta reconhecer o mal-estar persistente do mundo jurídico diante da evolução da sociedade moderna, e o incontestável divórcio entre o Direito e a realidade social. [...] Não seria tempo de se admitir modestamente o que outras ciências sociais já admitiram desde a primeira hora: que ao lado de uma análise de conceitos e de categorias, existe o estudo de técnicas? Que ao lado de um direito formal deve haver lugar para um direito aplicado? O direito econômico aparece assim como um dos ramos deste direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formais que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito privado ou na teoria geral do direito público. [...] A utilidade do direito econômico concebido nestes termos é inegável. Sob o aspecto formal, ele vem possibilitar o estudo sistemático de várias matérias que dificilmente se enquadrariam nos esquemas tradicionais, e que, por isso mesmo, têm sido até o presente relegadas a um injustificável plano secundário, quando não a um silêncio completo por parte da doutrina oficial. [...] pois o que está em jogo é algo mais do que um simples aperfeiçoamento doutrinário. É a solução da crise do Direito que perdura há longos anos. É o superamento de uma situação anômala que fez de todos nós, profissionais do Direito, os sacerdotes de uma religião tão esotérica e absurda como o universo de Franz Kafka.²

² COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *RT*, São Paulo: RT, vol. 353, p. 14-26, mar. 1965.

Justificativa da escolha do tema: importância e limitações

A concretização da Ordem Econômica Constitucional Brasileira³ é, sem dúvida, uma das mais importantes metas para o alcance do desenvolvimento nacional. Ela produzirá efeitos que vão além da mera organização da atividade econômica, impactando sobre a paz e a liberdade, sobre o próprio exercício da Soberania.

Grande importância adquire a ordem econômica para o real exercício da soberania porque, conforme assevera Bobbio,⁴ em nosso século, seu clássico conceito, já relativizado por conta da tripartição do poder do Estado ocorrida no século XVII, entrou mais ainda em crise, e o poder econômico passa a exercer permanente influência sobre os fatores antes controlados majoritariamente pelo Estado soberano.⁵

³ Constituição Federal, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; 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”.

⁴ “Está desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada justamente pela Soberania [...] o mercado mundial possibilitou a formação de empresas multinacionais, detentoras de um poder de decisão que não está sujeito a ninguém e está livre de toda a forma de controle: embora não sejam soberanas, uma vez que não possuem uma população e um território onde exercer de maneira exclusiva os tradicionais poderes soberanos, estas empresas podem ser assim consideradas, no sentido de que – dentro de certos limites – não têm ‘superior’ algum. [...]. O equilíbrio – bipolar, tripolar, pentapolar – do sistema internacional torna inteiramente ilusório o poder que as pequenas potências têm de fazer a guerra; desta forma seus conflitos são rapidamente congelados e colocados de lado, enquanto a realidade da guerrilha torna qualquer Governo capaz de estimular a paz real. Com a chegada do Estado liberal e, posteriormente, do Estado democrático, desapareceram a neutralização do conflito e a despolitização da sociedade, operadas pelo Estado absoluto. [...] Além disso, com o advento da sociedade industrial, empresas e sindicatos adquiriram cada vez mais poderes, que são essencialmente públicos, uma vez que suas decisões atingem diretamente a comunidade” (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução brasileira. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 1187).

⁵ “A plenitude do poder estatal encontra-se em seu ocaso; trata-se de um fenômeno que não pode ser ignorado. Com isto, porém, não desaparece o poder, desaparece apenas uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de Soberania. A grandeza histórica deste conceito consiste em haver visado uma síntese entre poder e direito, entre ser e dever ser, síntese sempre problemática e sempre possível, cujo objetivo era o de identificar um poder supremo e absoluto, porém legal ao mesmo tempo, e o de buscar a racionalização, através do direito, deste poder último, eliminando a força da sociedade política. Estando este supremo poder de direito em via de extinção, faz-se necessário, agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e

Compreender o papel desempenhado pelo ordenamento jurídico na concretização de tais objetivos, inseridos ou pressupostos em Constituição, que elenca, por exemplo, a soberania como um princípio da ordem econômica,⁶ passa, portanto, pelo uso do direito econômico como ferramenta. Afirmações do mundo do “dever ser” ficariam distantes da realidade, persistindo a tradicional barreira entre o que se almeja e o que se vivencia, caso não se reconheça a relevância única desse direito que, transcendendo a clássica dicotomia de Ulpiano entre o público e o privado, trata de interpretar e analisar todo o ordenamento de maneira que aproxime fato e espécie, lidando com a realidade contemporânea e colocando o Direito a serviço do equilíbrio entre os interesses individuais (hedonistas) e coletivos, que convivem no cenário econômico constitucional moderno, na economia de bem-estar.

Dessa maneira, na análise característica do direito econômico, das ditas técnicas à disposição do Estado para implementação dos ditames constitucionais da Ordem Econômica, deparamo inevitavelmente com o estudo da organização da atividade sancionadora de abusos da liberdade de iniciativa, tema que se tornou ainda mais relevante na última década.

Tal relevância deu-se principalmente após os fenômenos de migração do exercício da atividade econômica outrora monopólio ou privilégio do Estado à iniciativa privada⁷ e também da consolidação e conscientização sobre a importância da defesa da concorrência para implementação dos objetivos constitucionais, bem como do reconhecimento dos órgãos administrativos criados direta ou indiretamente para tal finalidade, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), e das agências reguladoras, Ministério Público, o Judiciário, o Congresso Nacional e os demais órgãos do Poder Executivo, responsáveis pela formulação e aplicação de políticas econômicas.

disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas ‘autoridades’ que estão surgindo” (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*, cit., p. 1187).

⁶ Constituição Federal, art. 170, I.

⁷ Ou seja, a reliberação de alguns segmentos de mercado (energia elétrica, telecomunicações, transportes etc.), com a edição da Emenda Constitucional n. 5/1995, que determinou a abertura dos serviços públicos ao regime privado; n. 8, do mesmo ano, que dispôs sobre concessões e permissões nos serviços de telecomunicações, e a n. 9, que extinguiu o monopólio estatal de exploração do petróleo, admitindo o acesso de empresas privadas a tal mercado, entre outras.

Anota Canotilho que:

Se bem interpretamos as propostas multidimensionais, elas pretendem conseguir aquilo que as interpretações clássicas não conseguiram até agora: assegurar a efectividade da disciplina constitucional ao nível das prestações sociais. A efectivação passa pelo recurso aos esquemas tradicionais de legislação e regulação porque se considera indispensável uma lei e um regulamento de execução. Aquela disciplinaria as prestações, os destinatários, os indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as acções estaduais de suporte, programas de intervenção extraordinária e o remédio para inobservância de *Standards*. O regulamento deveria especificar a lista de indicadores, individualizando, para cada um deles, o valor objectivo que as administrações devem respeitar. O que há de novo é a tentativa de introduzir *guidelines* de boas práticas ou *standards* possibilitadores de controlo e que primariamente dirão respeito aos mecanismos de *governance* e de *accountability*, mas que poderão constituir também elementos de facto para a eventual jurisdicionalização dos conflitos prestacionais. [...] não foi a exegese da constituição e o platonismo subsuntivo que permitiram individualizar os direitos dos utentes. Se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direcção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direcção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação).⁸

Partindo da constatação de que, apesar do arcabouço jurídico atual, é fato que ainda não se alcançaram os objetivos almejados pelo Constituinte, especialmente o desenvolvimento econômico e a maior igualdade na distribuição de seus benefícios, e, com ele, a efetiva soberania num mundo globalizado, o que se pretende com esta dissertação é ir ao encontro da direção apontada por Canotilho: construir pontes entre as esferas normativas envolvidas no campo da atividade econômica, em especial da repressão ao abuso de poder econômico.

Acreditamos que por meio da metodologia própria do direito econômico podem-se criar, organizar e planejar racionalmente caminhos mais eficientes para tal desenvolvimento. Especialmente no tema em estudo, que é a adequada organização e visualização dos meios de combate e sanção ao abuso de poder econômico.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008.

O objetivo deste trabalho é, portanto, (i) estudar o ordenamento jurídico da repressão ao abuso de poder econômico, tanto no aspecto material quanto processual e de coordenação entre os agentes legitimados à sua defesa nas diversas esferas (por exemplo, o Cade, e o Ministério Público); (ii) propor aperfeiçoamentos à atual sistematização do arcabouço normativo vigente, com vistas a pensar em uma estrutura eficiente, na qual não se tenham apenas comandos estanques e isolados, e sim instrumentos que possam interagir, guiar, organizar e promover com maior eficiência o alcance dos objetivos das normas limitadoras do exercício da livre-iniciativa, e, dentro delas, particularmente o combate ao abuso de poder econômico; e (iii) criar um princípio norteador da sanção em matéria de abuso de poder econômico, que possa servir como fonte doutrinária do Direito Econômico na aplicação das reprimendas.

Na escolha do tema, o que se vislumbrou foi um espaço para otimizar, tornar mais eficiente, o sistema hoje existente. Um exemplo lógico da importância de pensar o direito com esta finalidade é o caso das privatizações da década de 1990, mediante as quais agentes privados que obtiveram uma concessão de serviços essenciais outrora prestados diretamente pelo próprio Estado assumiram a prestação de atividades extremamente lucrativas. Passaram, assim, a ser dotados de grande poder econômico. Não é de esperar algo diferente de tentativa de abuso de poder econômico, problema da maior importância, a ser reprimido pelo direito. Ou seja, se o Estado esperar que um grande fluxo de recursos em tais atividades via privatização possa efetivamente propiciar um ótimo desenvolvimento econômico, deve preocupar-se também com o possível abuso desse poder.⁹ E, por outro lado, preocupar-se também com o abuso ou mau uso de poder dentro de suas próprias estruturas (captura), que mediatamente se refletem nos objetivos a serem alcançados.

Outro recente e prático exemplo da importância do estudo de tema são as notícias de aparente descoordenação entre as autoridades concorrenciais e criminais no que tange à sanção ao abuso de poder econômico por ocasião da investigação de um cartel na licitação da Linha 4 do Metrô de São Paulo:

⁹ A título de exemplo, a concessão dos serviços de telefonia fixa e de longa distância, que foram objeto dos leilões realizados em 29 de julho de 1998, rendeu ao Estado aproximadamente doze milhões de dólares.

Procuradoria vai à Justiça contra o Cade – Ministério Público Federal pede acesso a documentos de empresas acusadas de formar cartel em licitações em SP: Resistência do órgão a fornecer material representa “obstrução” das investigações, afirma procuradora.¹⁰

Por fim, necessário também levar em conta no trabalho o fato de o Judiciário estar intervindo em questões relacionadas ao abuso de poder econômico, inclusive aplicando diretamente os princípios da Ordem Econômica. Isso demonstra, de um lado, a necessidade e relevância de parâmetros normativos mais claros e precisos (o que se pretende abordar neste trabalho, inclusive via organização de principiologia própria do combate ao abuso de poder econômico), e, de outro, que a atividade sancionatória administrativa e criminal ainda não estão perfeitamente coordenadas, como no caso abaixo:

ACP. CADE. ATUAÇÃO. O MPF busca, por meio de ação civil pública (ACP), que as rés, a União Federal, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) exerçam o que nomina de mister institucional e coíbam abusos praticados no segmento de comércio de combustíveis, tais como a formação de cartel ou a prática do dumping. Quer, assim, o *Parquet* forçar a atuação do Cade diante dessas supostas práticas contra a ordem econômica. Sucede que uma leitura atenta da legislação pertinente (arts. 7.º, II, III e IV, e 14, III, VI e VII, da Lei n. 8.884/1994) revela a competência da Secretaria de Direito Econômico (SDE) para a apuração de infrações contra a ordem econômica. O Cade ficaria com o dever legal de apreciar e julgar processos administrativos que lhe são remetidos em razão, justamente, do exercício da competência da SDE. Dessarte, o MPF não pode exigir, via ACP, que o Cade aja para preservar a aplicação da referida lei (seu mister institucional) se não existe espaço legal para sua atuação. Não pode impor àquele Conselho funcionar no feito, pois sequer se sabe existir o cometimento das alegadas infrações ou prévia manifestação da SDE que provoque sua atuação. A possibilidade de intervenção do Cade em processos judiciais, prevista no art. 89 da citada lei, em nada abona a tese recursal, pois o dispositivo é claro a conferir ao Conselho uma faculdade, não uma obrigação. Sua participação dá-se como assistente, não como parte (réu), tal como deseja o MPF. Outrossim, violaria a autonomia técnica do Conselho como entidade reguladora da concorrência e da ordem econômica forçá-lo a atuar administrativamente quando, logo de início, não vislumbrou ele próprio competência ou motivos para tal. Sequer há necessidade ou utilidade para o MPF na análise de seu pedido e na participação do Cade no feito, pois, se houver providência judicial que reconheça ou

¹⁰ Disponível em: <www.folha.com.br>, último acesso em 19 out. 2013.

não a conduta ilegal, que é o provimento final da ACP, a decisão tomada na esfera administrativa passaria a ser irrelevante. REsp 650.892-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.11.2009.¹¹

Sem dúvida, é também relevante o momento em que se propõe o desenvolvimento do tema, em virtude do ambiente político interno atual. Isso porque a mencionada possibilidade de análise dos primeiros resultados do regime instituído na década de 1990 coincide exatamente com o momento em que se reabrem os debates sobre a necessidade de adequação das legislações regulatórias setoriais,¹² bem como da recentíssima promulgação da nova lei concorrencial, a Lei 12.529/2011.

O tema escolhido consiste em matéria de amplas consequências, porquanto versa justamente sobre o cumprimento de alguns dos principais papéis para o qual o Estado foi designado pela Carta Constitucional de 1988, qual seja, o de desenvolver econômica e socialmente o país. Assim, o resultado do estudo pretenderá auxiliar tanto o Estado em sua tarefa de organização dos instrumentos institucionais de implementação de políticas públicas quanto viabilizar ao administrado, destinatário final destas, e os próprios agentes de mercado, atuar nos mercados num quadro de maior segurança jurídica e eficiência normativa.

Por outro lado, trata-se de tema com abordagem esparsa entre os doutrinadores, especialmente sob a ótica das atuais propostas governamentais supramencionadas, o que, em conjunto com a relevância do assunto, demonstra sua pertinência: “quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será”, afirmava Beccaria.¹³ Sendo assim, ainda que o trabalho seja visto

¹¹ *Informativo do Superior Tribunal de Justiça* 0414, 02 a 06.11.2009.

¹² Nesse sentido, observa-se: (i) a reativação da Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), com a edição do Decreto 7.175, de 12 de maio de 2010, estatal que era a responsável pela gestão dos serviços de telecomunicações antes da privatização ocorrida na década de 1990; (ii) a criação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), com a edição da Lei 12.304, de 2 de agosto de 2010, com a missão de gerir os recursos da exploração da camada petrolífera de pré-sal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com aumento da participação da União no setor; (iii) a proposta para mudança de marco legal do setor de mineração, que dá maior poder ao governo para rever e limitar direitos de exploração; (iv) um projeto de lei para regulamentação da atividade das agências: Projeto de Lei 3.337/2004 e seus apensos.

¹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. cit., p. 48.

como uma simples sistematização ou ligação de ideias, espera-se poder contribuir para a ordenação do assunto.

Problema de pesquisa e principais questões a serem analisadas

Tendo em vista o cenário estabelecido, o presente plano de pesquisa terá como norte o estudo dos sistemas de repressão ao abuso de poder econômico no Brasil, tanto materiais quanto de coordenação entre as autoridades (procedimentais), para debater soluções de otimização da atuação do Estado que permitam o avanço à maturidade da democracia brasileira, ou seja, o estágio de “Estado *materialmente* democrático”.

Diante desse contexto, serão abordadas as seguintes questões:

- a) A legitimidade democrática do Estado, o bem-estar e as liberdades do administrado, bem como o almejado desenvolvimento econômico nacional estão adequadamente contemplados no atual regime de repressão ao abuso de poder econômico? Ou seja, o direito está funcionando adequadamente como mecanismo de concretização das finalidades constitucionais? Caso negativo, quais as lacunas? E como supri-las?
- b) Existem conveniência e oportunidade na existência de um direito administrativo e um direito penal de repressão ao abuso de poder econômico com alto grau de separação, ou devem eles ser coordenados pela via do direito econômico, por meio de uma teoria do direito econômico sancionador, para maior segurança jurídica?
- c) Com as propostas de alterações na legislação penal, especialmente na Lei de Crimes Econômicos e no Código Penal, ficou ou será instituído o *bis in idem* em relação à punição das pessoas físicas ou jurídicas por crimes de abuso de poder econômico?
- d) As provas admitidas em nossa Constituição exclusivamente para efeito de sanção penal devem ser estendidas à sanção administrativa do abuso

de poder econômico, obedecendo à lógica da equiparação do processo administrativo ao judicial no que tange às garantias de *due process*, para fortalecer o direito administrativo e evitar substituição indevida desse pelo direito penal em virtude dos meios de prova admitidos?

Para resolver os problemas levantados, propõe-se o estudo das normas de direito administrativo e penal relacionadas ao abuso de poder econômico, bem como das lacunas jurídicas, com análise dos aspectos que compõem a interpretação dos princípios da ordem econômica e administrativos nessa seara, assim como mecanismos de controle e organização institucional em vigor.

Neste ponto, pretende-se especialmente tratar dos fundamentos de um direito econômico sancionador, insubstituível pelo Administrativo ou Penal, muito embora deles se nutra. É, portanto, de um mecanismo jurídico de adequada prestação jurisdicional que se está falando.

Em suma, tendo em vista o tema de pesquisa proposto, o estudo terá três ângulos básicos de enfoque:

- (i) estudo histórico e delimitação das estruturas conceituais jurídicas que legitimam a regulação de atividades econômicas, o combate ao abuso de poder econômico e o respectivo processo decisório;
- (ii) identificação nas normas e nos agentes de relação entre Estado e mercado e suas transformações ao longo do tempo; e
- (iii) análise da atividade sancionatória do Estado ao abuso do poder econômico, com especial relevância às lacunas e dicotomias entre direito administrativo e penal, princípios da Administração e segurança jurídica. Tal análise procurará abranger, quando pertinente, o direito comparado.

Caso a premissa da existência de espaços de integração entre o direito penal e administrativo na matéria estudada se confirme, serão feitas sugestões normativas para melhor aplicação do direito como ferramenta de combate ao abuso de poder econômico.

Desse modo, acredita-se, será possível responder aos problemas centrais da presente dissertação e avaliar as premissas iniciais.

Concluindo, nossa desconfiança é de que, na busca de bem-estar e capacidade de escolha social, não adianta apenas combatermos a fome, mas, na linha de Sen,¹⁴ existe necessidade de estudo da concentração econômica e, em nosso caso particular, dos mecanismos de repressão ao abuso de poder econômico, tarefa adequada ao direito econômico que, como assevera Tercio Sampaio Ferraz Jr., trabalha na intersecção de evidências e normas, como projeto político.¹⁵

¹⁴ “The dynamics of income earning and of purchasing power may indeed be the most important component of a famine investigation” (SEN, Amartya. *The Possibility of Social Choice* (Nobel Lecture), Trinity College, Cambridge, CB2 1 TQ, Great Britain, 1998. p. 195).

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. Introdução ao direito econômico. 5. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 10.

1

A POLÍTICA AO DIREITO SANCIONADOR

O Poder, genericamente conceituado como a prevalência da vontade de um entre dois ou mais sujeitos, quando exercido na esfera econômica, permite tanto a prevalência da vontade de um indivíduo sobre o outro como de uma coletividade de indivíduos sobre um indivíduo. É por meio desse exercício de poder em nome da coletividade que a “vontade” do Estado prevalece sobre os indivíduos como sendo a da coletividade, vontade essa estabelecida por ele inicialmente no campo da política.¹⁶

Ao Direito, regra geral, fica a tarefa de organizar, direcionar e resolver conflitos estabelecidos pelas condutas tomadas pelos indivíduos e seus modos de organização, levando em conta objetivos do Estado moderno, que, diante do funcionamento imperfeito dos mercados, precisa, de um lado, preservar a liberdade de contratar, inerente ao capitalismo e ao modelo constitucional, e, de outro, limitar a atuação dos agentes privados (indivíduos ou empresas), com objetivo de promover a integração e o desenvolvimento social, criando uma política pública.¹⁷

O conceito de direito, como sabem todos, liga-se estreitamente ao conceito de Estado. Provavelmente para saber o que é direito devemos perguntar o que é Estado. A ascensão ao menos apresenta-se mais cômoda a partir desta parte. Com efeito, Estado é uma palavra mais transparente que direito [...] O verbo latino *stare* é o que se vê através do cristal; e com isso transparece uma ideia de firmeza, do que aí está. O povo, enquanto alcança uma certa firmeza, converte-se em Estado. Entre o povo e o Estado encontra-se a mesma diferença que entre os tijolos e uma ponte. O Estado é verdadeiramente um arco; veremos, mais tarde, como chamam as ribeiras, que se juntam por meio dele. Há, sem dúvida, uma força que mantém os tijolos unidos

¹⁶ Grau resume os elementos da política como a divisão do trabalho, por um lado, e a monopolização da violência física e da tributação, de outro, esse pelo Estado institucional (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 14).

¹⁷ “A contribuição da literatura jurídica para uma noção de política pública é bastante pequena. Um dos poucos juristas que escreveu sobre o tema, Fábio Comparato [1997/343-359] salienta a novidade da política pública em relação às normas e atos, pois uma política pública nem é uma coisa nem outra, ainda que as englobe como seus componentes. A política pública é uma atividade, vale dizer, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Esse conjunto – a política – é unificado pela sua finalidade” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 260).

no arco. Mas essa força não opera até que o arco termine. E como se faz para findá-lo? [...] O direito é a armação do Estado. O direito é o que se precisa para que o povo possa alcançar a sua estabilidade. [...] Direito, pois, não consiste no ordenamento, senão no que ordena, que dizer que une ou, de uma maneira mais realista, que liga; e, portanto, uma força. [...] O homem mais forte, que mata o adversário para comer sozinho, qualifica-se como *homo economicus*, o qual não cuida de nada fora de seus interesses. À esquerda da ponte a terra chama-se, pois, economia. O homem mais forte, o qual deixa de sustentar o mais fraco, qualifica-se, ao contrário, como *homo moralis*, que não pode separar o próprio das coisas dos demais. À direita da ponte o nome da terra é moralidade. Dois opostos, os quais podemos representar com as figuras expressivas do lobo e do cordeiro: *homo homini lupus e homo homini agnus*. A humanidade não pode transpor o abismo, que separa as duas margens, sem uma ponte estendida de uma a outra. Esta ponte atrevidíssima recebe o nome de direito. Precisamente uma linha reta, a qual une dois pontos.¹⁸

A direção do vetor de força emanada pelo binômio poder político e poder econômico, e que, por meio do Direito, dará concretude à vontade estatal no campo econômico, é o rico palco do direito da concorrência. Nele, por meio da regulação da liberdade econômica e da sanção ao seu abuso, esse considerado como o exercício indesejado da atividade empresarial segundo critérios estabelecidos na norma, irá conduzir o país ao cenário competitivo almejado pelo Estado via política pública econômica.¹⁹

O direito econômico moderno, assim, é o instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas.²⁰ E a defesa desse capitalismo e dos interesses sistêmicos transindividuais é marcante no direito da concorrência ou antitruste, que toma afirmação positiva, normativa, principalmente na lei administrativa e penal.

Por meio da execução da lei antitruste, a indústria cinematográfica norte-americana foi completamente reestruturada, de tal modo que

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 14 e 21.

¹⁹ “Política Econômica é o fruto pragmático da doutrina econômica, pois toma como ponto de partida a ideologia assumida via doutrina econômica, por exemplo, o liberalismo ou neoliberalismo, e trabalha na consecução de seus objetivos e meios, impondo certos padrões de desempenho. Ela se situa na zona limítrofe entre a Economia e a Política, tendendo muitas vezes a essa última e que, de maneira ampla, toda a legislação de conteúdo econômico está imbuída de algum sentido de política econômica, por dirigir os comportamentos conforme determinados objetivos, a exemplo da majoração de um tributo” (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*, cit. p. 86).

²⁰ A expressão é de Eros Grau.

afetou desde as grandes empresas, que produziam, distribuíam e exibiam filmes, até o cinema de bairro. E esta reestruturação foi feita a custo das grandes empresas cinematográficas, que pagaram milhões de dólares em indenizações às empresas e indivíduos danificados por suas ações ilícitas. Ademais, em 1962 viu-se nos Estados Unidos a condenação das maiores empresas do ramo de máquinas elétricas, entre elas a General Electric e a Westinghouse, por violação do Sherman Act através de uma combinação para fixar os preços dos produtos por ela produzidos [...] Estes casos não só exemplificam a significação do direito antitruste norte-americano, mas também mostram a potência de uma lei antitruste como instrumento destinado a amparar um regime baseado no princípio da concorrência.²¹

Cabe notar que, situando-se a regulamentação do direito concorrencial nas esferas do direito administrativo (além de penal) deve se prestar, não apenas a defender o interesse coletivo, política pública concorrencial do Estado, perante o desvio de interesse individual capaz de sufocar o propósito maior, mas também a estabelecer garantias processuais para que o indivíduo, que nada mais é do que parte do Estado, proteja-se do arbítrio do próprio Governo que se desvia de seu fulcro, quando atua em abuso de poder político-econômico, diante dos ditames constitucionais e dos conceitos jurídicos indeterminados cuja concretização, que envolve discricionariedade ou juízo de conveniência e oportunidade, se afaste dos preceitos constitucionais.²²

²¹ SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico* (direito e experiência antitruste no Brasil e EUA). São Paulo: RT, 1966. p. 16.

²² Grau faz severa crítica à doutrina administrativista, que considera o indivíduo sempre no polo oposto do Estado: “o direito administrativo constituído pela nossa doutrina, embalada pelo individualismo que, com marcas tão profundas, a caracteriza, é fruto do liberalismo econômico gestado no século XIX, ainda que sob a máscara do liberalismo político [...] A distinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade, ainda que por ela reconhecida, enreda-a em descaminhos turbulentos, sempre por conta dos chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’ cuja determinação envolveria um juízo de oportunidade, não um juízo de legalidade. Daí a injustificável superposição entre discricionariedade e interpretação/aplicação do direito [...] O fato é que essa doutrina se perde dentro de si própria, porque construída desde a visão do individual, incapaz de perceber que urge reconstruirmos o direito administrativo como regulação da ação do Estado voltada à satisfação do social, e não apenas como conjunto de regras que regula as relações dos particulares com a autoridade administrativa. [...] um direito administrativo erguido sobre uma distinta noção de legalidade, de respeito aos procedimentos administrativos em si [...] uma legalidade que não se manifeste exclusivamente no quadro da dialética da autoridade e da liberdade – uma necessariamente adversa da outra – mas que imponha como regra de conteúdo (não apenas de limite) da atividade administrativa; legalidade que consubstancie a garantia de fins públicos, na implementação de políticas públicas, e não somente, e de modo exclusivo, a proteção do interesse privado” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 258-260).

Seja sob o espectro da garantia de proteção contra os abusos de poder do Estado ou de particulares, ou sob a ótica da organização e gestão do sistema capitalista e concorrencial, dos governantes, é pelo poder sancionador que o Direito encontra força de resposta aos desvios de objetivos almejados no campo da política, e inculpidos nas normas.

Em suas origens, a sanção era entendida tanto como uma recompensa, um prêmio, pela conduta do indivíduo tal qual almejada pelo Estado quanto como um castigo pela conduta indesejada.²³⁻²⁴

Num sentido mais estrito, ela representa um castigo a si ou a terceiros pelo descumprimento de um preceito, positivo ou negativo, que leva à manutenção de uma ordem. Sem sanção não há resposta que materialize o poder do Estado, o seu monopólio da força, inicialmente restrito ao poder de polícia, negativo, e posteriormente ampliado para o poder de gestão e organização, positivo, sempre apoiado no princípio da legalidade, entre outros.

A divisão clássica entre a sanção civil e penal apontava para clara distinção entre as formas de uma única sanção: Se fosse um ressarcimento, seria adequada ao Direito Civil. Se em forma de cumprimento forçoso de uma obrigação, seria ela afeta ao Direito Penal:

por eso, hasta la aparición del Estado de Derecho, se confundía de tal modo el Derecho Civil y el Penal que incluso el incumplimiento doloso de las obligaciones se consideraba delito, y la reparación de los daños tenía el carácter de una indemnización civil pagada por el infractor al Estado.

²³ “En suas origenes, la sancion se entendia tanto La recompensa o premio como La pena o mal jurídico, consecuencia de reconocer una acción como buena, porque cumplía la norma, o de castigar un acto como malo porque la infringia. Así aparece en las primitivas concepciones teocraticas del Derecho, incluso en Las Partidas. La sancion es, desde este punto de vista, la reacción jurídica favorable o desfavorable para el sujeto que ha cumplido o que ha incumplido las normas imperativas del Ordenamiento” (PEREZ, Adolfo Carretero. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995. p. 2).

²⁴ Existe farta discussão sobre a existência e validade da sanção positiva ou premial, especialmente no campo da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, em que se discutem a reformulação ou ampliação do próprio conceito de Direito. Para um estudo aprofundado do tema vide: SALGADO, Gisele Mascarelli. *Sanção na teoria de direito de Norberto Bobbio*. Tese de Doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob orientação do Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Posteriormente, então, o critério para definição de um delito passa a ser outro, o da importância do bem jurídico lesionado, desaparecendo tal subdivisão objetiva entre sanção civil e penal.

Nessa nova fase se destacam duas grandes categorias de bens jurídicos tutelados: a dos direitos subjetivos individuais e a dos coletivos. A sanção penal passa a ser aquela que é subsidiária em relação às demais sanções, menos por falta de autonomia, e mais por ser o instrumento mais severo que detém o Estado para punir condutas que mereçam alto grau de reprovabilidade, por razões de políticas públicas criminais, que podem ser identificadas como a reação do Estado não para o simples restabelecimento da ordem jurídica (segundo a teoria absoluta), e sim para a correção e reinserção de indivíduo na sociedade (segundo a teoria relativa). Já a sanção civil ou administrativa é enriquecida com a possibilidade de resultar de um simples castigo por uma conduta lesiva.

Sendo assim, desaparece a tradicional simples separação entre sanção civil e penal, caracterizando-se seu novo modo de divisão (i) pelo conteúdo substancial residual, ou seja, as penas restritivas da liberdade individual são exclusivas do direito penal, e (ii) pela autoridade que as aplica: sanções administrativas serão as impostas pela Administração, com possibilidade de revisão judicial, e as penais serão as impostas diretamente pelo Judiciário.

La estructura de la sanción es la misma que la pena. Cuando se transfirió a la Administración la potestad sancionadora, apareció una diferencia formal, pero se conservaron sus caracteres sustanciales, que si en alguna ocasión se han desdibujado, hoy tienden a identificarse cada día más. El mal jurídico e, por tanto, el contenido aflictivo de la sanción. En este sentido no hay diferencia con las penas impuestas por los Tribunales.²⁵

1.1 Da Política à sanção em matéria concorrencial

Sob a ótica da sanção ao abuso de poder econômico, a nova divisão apontada acima, ou seja, que um mesmo ramo do direito tem capacidade de implementar

²⁵ PEREZ, Adolfo Carretero. *Derecho administrativo sancionador*, cit. p. 172.

medidas de caráter reprobatório e indenizatório, parece estar concretizada, pois hoje fica principalmente a cargo de um Tribunal Administrativo, colegiado e com função judicante, e que é composto de membros de saber específico, não apenas jurídico como econômico, a tarefa de coibir qualquer lesão à ordem econômica que preencha determinados requisitos.²⁶

Isso significa que, ao menos em tese, o Estado dotou a administração de meios decisórios especializados, para a integral reprovabilidade de condutas lesivas com suficientes garantias aos processados, mesmo que reservada à sanção penal a punição de condutas específicas, por razões de política criminal.

E tal estrutura vem ao encontro da nova figura do Direito Administrativo que menciona Grau, responsável não apenas pela administração de liberdades individuais perante o Estado, mas também pelo direcionamento dos objetivos econômicos para maximização do bem comum, autêntico viabilizador de políticas econômicas, inclusive pela verificação positiva do livramento da sanção por razões de bem comum, como é o caso da verificação de eficiências derivadas de determinada conduta que aparentemente seriam merecedoras de sanção.

The general object which all laws have, or ought to have, in common, is to augment the total happiness of the community; and therefore, in the first place, to exclude, as far as may be, everything that tends to subtract from that happiness: in other words, to exclude mischief. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil.²⁷

²⁶ A análise econômica do direito nasce exatamente do direito antitruste, em que a conjugação do instrumental analítico econômico e do instrumental jurídico, valorativo e sistematizador é indispensável. Por longo tempo permanece restrita a esse campo. Somente no início dos anos 1960 (com o artigo de COASE, R. The problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* (1960), p. 1, e o de GALABRESI, G. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal* 70 (1960), p. 499) surge a chamada nova análise econômica do direito, principalmente nos campos dos ilícitos civis, expandindo-se subsequentemente para o direito contratual e societário e hoje incluindo quase todas as áreas do direito, inclusive penal e constitucional; v. POSNER, R. *Economic analysis of law*. Boston, Toronto, London: Little, Brown and Company, 1992, p. 21. Deve-se dizer, no entanto, que já há alguns anos vem sendo a análise econômica objeto de severas críticas, relacionadas sobretudo à pouca realidade de seus pressupostos (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26, nota 17).

²⁷ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principle of moral and legislation*. Ontário: Batoche Books, 2000. p. 134.

Essa parametrização do exercício do poder sancionatório de acordo com a política antitruste é o que nos leva a repensar o modo de integração da atividade administrativa e penal em tal matéria, socorrendo-nos do Direito Econômico para bem definir os objetivos e limites do Estado no alcance do bem comum.

2

O DIREITO ECONÔMICO: CONCEITO E RELEVÂNCIA

Da preocupação do Estado com os rumos da economia e, implicitamente, dos agentes econômicos, que, embora percebida há muito (inclusive nas constituições liberais de forma implícita), não se expressava nos regramentos, origina-se estruturalmente o direito econômico.

A ampliação da presença do estado no sistema econômico e o seu caráter difuso com a multiplicação de normas legais de toda espécie para pôr em prática a política econômica, deram origem a uma mudança radical na própria forma de encarar o Direito e a aplicação de suas normas.²⁸

Essa origem estrutural é contemporânea aos anos que antecedem a Primeira Guerra Mundial (1914-1918); à constitucionalização da função social da propriedade, na Carta Mexicana de 1917, e aos princípios da justiça social e da existência digna, marcantes na Constituição de Weimar (1919). Identifica-se esse período pelo abandono do utilitarismo e liberalismo até então em vigor, em virtude da plena constatação de que o mercado é falho e não se alcançará o bem-estar por meio do livre contrato, sem a regulação estatal, ainda que mínima.

Em seu mérito, o direito econômico trata da imposição de regramentos nos mercados pelo Estado, ou seja, limitações ou estímulos de comportamentos econômicos. No período pós-liberal, quando o Estado passa de simples árbitro a ente ativo, o direito econômico torna-se ainda mais indispensável e relevante. O objetivo do direito econômico guarda, portanto, estreita relação com os fins e a legitimidade do Estado moderno, especialmente com vistas a garantir a convivência de direitos individuais e coletivos, tendo como sujeitos tanto o indivíduo como as coletividades, as “massas”, os “entes genéricos” como os produtores, investidores, desempregados e assim por diante.

²⁸ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*, cit., p. 206.

Para Comparato, o direito econômico é “o conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”.

Para Figueiredo²⁹ ele é

o 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.

Assim surge esse ramo autônomo do direito, voltado à implementação das medidas de política econômica relacionadas à harmonização de interesses individuais e coletivos pelo Estado.

O direito econômico tem afirmação Constitucional (art. 24, I), e quanto aos seus objetivos, Figueiredo os sumariza:³⁰

- a) a organização da economia, definindo juridicamente o sistema e o regime econômicos a serem adotados pelo Estado;
- b) a condução, ou o controle superior, da economia pelo Estado, uma vez que estabelece o regime de relações ou equilíbrio de poderes entre o Estado e os detentores dos fatores de produção;
- c) o disciplinamento dos centros de decisão econômica não estatais, enquadrando macroeconomicamente a atividade e as relações inerentes à vida econômica.

Percebe-se, assim, que se a divisão tradicional entre direito e política, pela qual ao direito se atribui o primado da lei, enquanto à política se atribui o primado da vontade, se já não é um postulado para os ramos tradicionais do direito, pois o direito nasce da própria política, é menos ainda em relação ao direito econômico. Isso porque o

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico, cit., p. 8.

³⁰ FIGUEIREDO, Jorge apud COMPARATO, Fábio Konder, ibidem, p. 11.

direito econômico é feito de política “positiva”, ou seja, tendo como núcleo o disciplinamento da própria direção organizacional da agenda econômica dos governantes, via política econômica, e não apenas de aspectos da vida privada nos quais aos governantes não é permitido ou necessário adentrar para que se legitimem no poder.

Nusdeo explica a lógica do nascimento desse novo ramo:

a razão é simples: as falhas e imperfeições do mercado foram se positivando ao longo de cerca de 150 anos quando se tentou ou se imaginou poder operacionalizá-lo com base naquela estrutura institucional simples ou até simplória, assentada no tripé: constituição, códigos de Direito Privado e poder de polícia. Tripé sem dúvida potentoso pela dutibilidade, lógica e racionalidade com que concebeu a forma e as garantias legais para captar e disciplinar todo o emaranhado das relações econômicas internas e mesmo internacionais, mas incapaz de lidar com a vida econômica real em toda sua complexidade. Foi a época na qual, no dizer de Max Weber, a lei apresentava uma racionalidade puramente formal, não lhe interessando as condições pessoais ou sociais dos por ela abrangidos, nem a maior ou menor desejabilidade dos resultados das relações estabelecidas sob sua égide. No entanto, 150 anos de aplicação ou tentativa de aplicação do chamado figurino liberal produziram um quadro política e socialmente conturbado, muito embora o progresso e o desenvolvimento da tecnologia e da atividade econômica tenham sido notáveis.

O mesmo autor nos explica que tal quadro conturbado é fruto das chamadas falhas de mercado, que, diante das preocupações inerentes à nova fase, passam a ser tratadas pelo Direito, especialmente pela regulação estatal por absorção ou indução do Estado. São elas fatores que impedem uma reação automática e naturalmente esperada num cenário perfeito das condições e oferta e demanda, de automatismo: (i) falhas de mobilidade, relacionadas a alocação perfeita de produtos e serviços, conforme demanda e local de sua utilização; (ii) falhas de informação, ou seja, à constatação de que os preços não contêm em si toda a informação relevante – atual ou futura – que indique sua escassez ou abundância, bem como a condição de sua aquisição; (iii) falha estrutural, esta uma das principais razões da sanção econômica, relacionada à constatação de que os mercados não têm diversos competidores em condições de suprirem-se uns aos outros em caso de abuso

de poder (hedonismo) de um deles, ou seja, da constatação de que a alta concentração de mercado passou a ser uma realidade com o desenvolvimento industrial e com a dependência de mercados que exigem alto capital de investimento e economias de escala, principalmente; (iv) externalidades, ou seja, componentes do custo ou benefícios de determinada atividade que não são incorporados no preço, por limitações do próprio mercado ou institucionais (como um custo ou benefício social), e sua escassez passa a não ser devidamente sinalizada; (v) falhas de incentivos, ou seja, a falta de automatismo em mercados cujo interesse pela produção é baixo, exigindo forte atuação do Estado, mediante a prestação direta dos serviços ou a concessão de incentivos diversos, com incentivos fiscais ou de atuação, por exemplo; (vi) falhas de transação, que seriam, basicamente, o contrário das externalidades negativas: são custos externos ao produto que impactam no automatismo.³¹

Não é o momento de se discutir a participação dos juízes nas políticas públicas (ativismo ou moderação judicial)³². Mas vale registrar que a própria existência da discussão dos limites do Judiciário demonstra a possibilidade, na atual configuração do Estado e da Constituição, do exercício subsidiário de funções de política econômica também pelo Judiciário, uma nítida ampliação do espectro do direito econômico no combate a tais falhas. Os exemplos são fartos. O recente caso dos Correios,³³ da meia-entrada³⁴ e de tantos outros nos servem de ilustração para a afirmação.

³¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*, p. 138 a 167.

³² “O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que as descrevi [Dworking]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visao moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso (...). A contrário, o programa de moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando eles ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco. A Suprema Corte seguiu a política do ativismo em detrimento da política da moderação (...).” DWORKING, Ronald. *Levando direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 226.

³³ ADPF 46, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 05.08.2009, *Informativo 554*. Acesso em: 21 out. 2009 (“caso dos correios”).

³⁴ ADI 1.950, Rel. Min. Eros Roberto Grau, j. 03.11.2005, *DJE 07.03.2008*. Acesso em: 23 out. 2009 (“caso da meia-entrada”).

A Constituição trouxe a separação de poderes como cláusula pétrea (art. 60, 4.º, II, da CF). Todavia, na realização institucional de cada um dos Poderes, dotou o Poder Judiciário de uma gama extensa de poderes (art. 92 da CF). Segundo a Carta Magna, por exemplo, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis federais, o julgamento das Ações coletivas envolvendo aspectos que vão muito além da mera legalidade (Ação popular, art. 5.º, XXIII, da CF). A Constituição Federal, sem dúvida alguma, reconheceu ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir sobre políticas públicas. [...] Em decisão monocrática em Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Ministro Celso de Mello reconheceu que o processo é instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas quando “previstas no texto da Carta Política [...] venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”.³⁵

A possibilidade do efetivo exercício das políticas pelo Judiciário – num nítido reforço do papel do Estado no campo econômico – dá-se principalmente por intermédio da própria normatização que, se bem harmonizada com os objetivos constitucionais, é capaz de servir aos seus objetivos, como preconiza Coutinho, quando nos ensina que a Lei deve ser um objetivo, uma ferramenta e um arranjo institucional que busque a consecução dos fins do Estado:

I assume as a premise that the Law plays an important – and at the first sight not very clear – role in developmental policies. In other words, it is worth trying to identify the roles the Law plays in social policies as a condition to assess, adjust, improve or criticize them. If well “calibrated” in terms of goals, tools and arrangements, the argument goes, such policies can maximize equity gains and minimize efficiency losses. Law, after all, is all but a neutral variable: both as an enabling tool and as an obstacle, it definitely matters in development strategies. [...] this is equivalent to suggesting that the legal apparatus can be somehow seen as a good (or bad) “technology” to promote development and ensure the effectiveness of rights. If it manages to organize, coordinate, calibrate and operationalize the necessary framework to link well-intentioned promises to effective policies, it contributes to the

³⁵ HENRIQUES DA COSTA, Suzana. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011. p. 455.

developmental processes as a key-variable and, concretely speaking, as a “transmission belt” linking abstract principles to concrete outcomes.³⁶

Pois bem. Para avançar nos objetivos deste trabalho, expusemos a “camada estrutural” da Política, do Direito, e a conceituação básica dos dois pilares mais importantes da estrutura que se pretende desenvolver, que são a constituição e o direito econômico. Passaremos, em seguida, a tratar mais especificamente do caso brasileiro, para, então, colocar mais um bloco na estrutura que nos levará a identificar as lacunas do sistema de sanção das condutas atentatórias aos objetivos econômicos do Estado, que é o tema central do trabalho.

³⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Linking Promises to Policies: Law and Development in an Unequal Brazil. *The Law and Development Review*, Manuscript 1055, 2010, p. 34.

3

**CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E A REPRESSÃO AO
ABUSO DE PODER ECONÔMICO**

A ideia de Constituição como modo de organização do Estado e limitação de poder é primeiramente vista na época dos postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesa e Americana do século XVIII. Atribui-se aos Estados Unidos, com a Declaração de Virgínia em 1776, a primeira Constituição – instrumento, orientado contra o poder, em favor das liberdades, especialmente da dignidade da pessoa humana. Sucessivamente, e talvez com maior importância para os fundamentos constitucionais atuais, pode-se entender a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, proclamada na França.

Mas antes disso, como ressalta Mendes,³⁷ na Idade Média já se percebiam as chamadas Leis Fundamentais, que continham a indicação do soberano e dispunham sobre os modos de sucessão do trono, além de dispor sobre a religião do reino, regular temas relativos à moeda e à alienação de bens da Coroa.

Também se percebiam as leis de natureza contratual, que eram firmadas entre o rei e os estamentos, envolvendo limites ao exercício do poder, como a Magna Carta de 1215. Eram leis inalteráveis pelo Rei e distinguiam-se daquelas que eram amplamente alteráveis a critério dos monarcas, sem, porém, disciplinar a relação entre governantes e governados.³⁸ “O núcleo duro da soberania não está disponível para os súditos, acha-se subtraído das forças políticas ordinárias. E aí já se encontra a primeira grande ideia que está na origem da constituição dos modernos”. Há quem cite também o Código de Hamurabi (1.700 a.C.) como antepassado das Constituições.

³⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: da la antiguedad a nuestros dias*. Madrid: Trota, 2001. p. 77 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

³⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 45.

A despeito da existência de uma Ordem Econômica implícita nas Constituições liberais, por meio da garantia ampla do direito de propriedade, é com a Constituição de Weimar, em 1919, que se passa a um modelo constitucional que transcende a simples legitimação do Estado como detentor do poder político e dos limites de sua atuação na vida dos indivíduos, que conformaram a tendência das Constituições Garantia. De fato, a partir do século XX os diplomas passaram a prever expressamente objetivos da ordem econômica, a serem alcançados em nome do bem comum.

Sua diferença em relação às anteriores reside no fato de se constituírem como um plano global normativo, e não apenas como um estatuto jurídico da política. Com isso, ou seja, por sua atuação expressa e positiva do Estado na esfera econômica, passam as constituições dirigentes a conter um conjunto de preceitos ordenadores da economia, instrumentos e fins de política econômica, destinados a institucionalizar determinado modo de produção e funcionamento do mercado, de intervenção do Estado na economia.

Sob a perspectiva institucional, a mudança das Constituições garantia às dirigentes, segue-se o chamado neoconstitucionalismo, que engloba o pleno reconhecimento do valor normativo das constituições pela superação da supremacia do parlamento, via instituição de um Poder Judiciário apto a declarar a inconstitucionalidade das normas, bem como a superação do estrito positivismo pela principiologia constitucional, entre outros fatores. Isso se dá nos Estados Unidos à época da promulgação da Constituição americana e, na Europa, mais tardiamente, com a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição alemã de 1949, e com as Constituições de Portugal e da Espanha em 1970.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição

de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia [...] Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados,

(i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.³⁹

A Constituição brasileira de 1988 é dirigente e neoconstitucionalista, como ensina Gilmar Mendes.⁴⁰ Ela contém princípios e normas de orientação da economia, que são chamados de Constituição Econômica, muito embora se critique o conceito, pois é fato que o conteúdo normativo da economia não é restrito ao quanto expressamente escrito no texto constitucional.⁴¹ Apesar de críticas quanto às nomenclaturas, importa por ora notar que a Constituição é permeada de preceitos que buscam estabelecer uma política econômica no mundo do “dever ser”, ou seja, normativo, de maneira expressa ou implícita.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito#ixzz20erd8dtM>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

⁴⁰ Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, caracteriza-se pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno muitas vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de Neoconstitucionalismo (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 61-62).

⁴¹ Grau discute a utilidade dos conceitos de Ordem Econômica e Constituição Econômica, afirmando, de um lado, serem praticamente sinônimos, em suas acepções ligadas ao mundo das normas, ou “mundo do dever ser” e, de outro, serem apenas ancilares à dogmática jurídica, visto que indicam topologicamente na Constituição as disposições que, em seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica no mundo do ser, que, por sua vez, também admite a acepção ordem econômica, tal como ilustra o art. 170 da Constituição Federal.

O Título VII, intitulado “Da Ordem Econômica e Financeira”, é o que contém a maior parte dos preceitos da direção constitucional econômica brasileira. Porém, esse “local” não é, nem de longe, o único em que se observa tal conteúdo econômico, que é identificado em inúmeras passagens não apenas dos demais títulos da Constituição, por exemplo, no art. 1.º, IV, ou o art. 20 em seu § 1.º⁴² e também na legislação infraconstitucional (exemplo: Lei das Sociedades Anônimas), seja ela definida como de direito público ou de direito privado, como visto anteriormente.

Além da existência de um conteúdo constitucional econômico direcionador finalístico, dentro e fora da Constituição Federal, como o favorecimento ao cooperativismo e outros modos de associativismo ou a busca do pleno emprego, um preceito sancionador aplicável às diversas situações nas quais se identifica um poderio econômico, está esculpido no art. 173, § 4.º. Ele estabelece que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

José Afonso da Silva comenta que a Constituição Federal remete à lei ordinária a função de reprimir o abuso de poder econômico, e dá seu conteúdo essencial, que são principalmente os princípios norteadores da ordem econômica, ao mesmo tempo que define o sentido básico do que se entende por “abuso do poder econômico”.

O abuso do poder econômico (esse, aliás, lícito) caracteriza-se pela dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. A Lei 12.529/2011 é a que cumpre o mandamento constitucional de repressão ao abuso do poder econômico.⁴³

⁴² “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” “Art. 20. São bens da União [...] § 1.º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 720. A Lei 8.884/1994 foi recentemente substituída pela Lei 12.529/2011.

Sérgio Varella Bruna, discorrendo sobre o abuso de poder econômico, coloca o binômio liberdade e autoridade como estruturante da conceituação pretendida. O autor cita a liberdade de iniciativa como pilar do Estado Liberal, liberdade esta que consiste na possibilidade de exercer um ofício, indústria ou comércio, e permanecer neste exercício (liberdade de concorrência). Existe, assim, uma liberdade pública em pauta, ou a liberdade de exercer uma luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes privados, que será violada em caso de impedimentos injustificados, ou seja, que se afastem daqueles constitucionalmente elencados, como o atendimento à função social da propriedade e à obtenção das competentes autorizações.

Tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte do titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior aquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores (econômicos ou não) da ordem jurídica. Assim, quem exerce o abuso é o titular de posição dominante, entendida esta como parcela juridicamente relevante de poder econômico. Não se contempla no conceito, expressamente, a noção de mercado relevante, mas implicitamente, já que a posição dominante somente se caracteriza no contexto de um mercado relevante.⁴⁴

A previsão da repressão ao abuso de poder econômico, em conjunto com a atribuição das funções de normatização e regulação da economia previstas no art. 174, servem à conformação do caráter intervencionista de nosso sistema constitucional econômico, que não condena nem reprime a liberdade de acesso e permanência nos mercados por si só, a chamada liberdade de iniciativa empresarial, mas rejeita o seu abuso (ou seja, a atuação em desacordo com os condicionamentos finalísticos) e cria mecanismos de repressão a este abuso, dada a constatação – referida no capítulo 2 – de que o liberalismo absoluto não serve aos objetivos do Estado.

⁴⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997. p. 177-178.

Não se pode deixar de mencionar, por fim, que ao Estado é dada a possibilidade de atuar diretamente no mercado por absorção, direção ou indução (art. 173 e 177) da Constituição) ou como prestador de serviços públicos (art. 175).

No que tange a tais modos de intervenção do Estado no mercado, Grau e Nusdeo dividem os modos utilizados pelo Estado com tal objetivo em (a) intervenção por absorção ou participação; (b) intervenção por direção; (c) intervenção por indução.

Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção, atuando no regime de monopólio (ao contrário do que ocorre nos serviços públicos, em que atua no regime de privilégio). Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção, e atua no regime de competição com empresas privadas que atuam em dado setor.

Quando atua por direção e por indução, o Estado desenvolve ações de regulação sobre determinada atividade, sendo que quando o faz por direção, estabelece normas de comportamento compulsório, exerce pressão na economia, quando por exemplo nas normas de controle de preços. Quando o faz por indução, o Estado manipula instrumentos de intervenção em consonância com as leis que regem o funcionamento dos mercados, como no direito premial.

Sobre a atuação estatal como prestador de serviço público Grau ensina que se trata de um dever material de garantia da interdependência e solidariedade sociais, sendo seu atendimento concreto, contínuo, uma obrigação imposta aos governantes pelo fato de serem governantes, constituindo o fundamento e o limite de seu poder.⁴⁵

Para a reflexão que se pretende fazer neste trabalho, importa agora delinear a estrutura e as normas que dão configuração ao comando constitucional de repressão ao abuso de poder econômico, ou seja, analisar como o Estado se organiza para dar concretude ao sistema neoliberal que criou.

⁴⁵ Sobre o assunto vide ADPF 46, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 05.08.2009, *Informativo* 554. Acesso em: 21 out. 2009 (“caso dos correios”).

Tal descrição mostra-se fundamental à sistematização e ao pensamento sobre a existência de um direito econômico sancionador.

A função precípua de repressão ao abuso de poder econômico é feita, em âmbito administrativo, pela Lei 12.529/2011 – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cujo protagonista é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Em nível penal destaca-se a Lei 8.137/1990, tendo como protagonista o Ministério Público Federal. Tais sistemas de repressão fazem parte do objeto principal do estudo desenvolvido neste trabalho, e serão vistos adiante.

4

O DIREITO CONCORRENCIAL**4.1 Origens**

Para descrever as origens do surgimento do direito concorrencial, são especialmente relevantes as passagens históricas ocorridas nos Estados Unidos e na Alemanha.

No início do século passado ocorreu nos Estados Unidos um grande movimento de concentração de empresas, como reflexo das guerras e do consumo de massa. Monopólios, como os verificados no petróleo e nas estradas de ferro, motivaram a preocupação com o assunto. Surge inicialmente, em 1890, o *Sherman Act* e, posteriormente, em 1914, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, para proteção do equilíbrio entre, de um lado, as grandes empresas, encaradas como capazes de trazer ao mercado mais qualidade e escala, e, de outro, os interesses dos consumidores. Ou seja, para a prevenção da obtenção de lucros excessivos à custa dos consumidores via concentração.

Calixto Salomão⁴⁶ afirma que

essas preocupações dos legisladores traduzem-se no conteúdo material do *Sherman Act*. A *Section I*, que declara ilegal qualquer *contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy*, que possa criar dificuldades ao comércio interestadual. A *Section II*, por sua vez, declara ser crime a monopolização ou tentativa de monopolização do mercado. [...] A melhor expressão dessas incertezas está, sem dúvida, na decisão pela Suprema Corte americana do caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*. Tratava-se, na hipótese, de sucessivas aquisições de Ações de companhia de petróleo feitas pela família Rockefeller, que já controlava a *Standard Oil Co. of Ohio*. O processo de concentração culminou com a formação de um *trust (Standard Oil Trust)* para administração das ações de todas as companhias (40), que, na prática, acabou por deter mais de 90 do mercado. Finalmente, as ações detidas por esse *trust* foram transferidas para a *Standard Oil Co. of New Jersey* e a *Standard Oil Co. of New York*, que passaram, portanto, a funcionar como *holdings* de todo o

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54-55.

grupo. Na demanda referida, discutia-se a possibilidade de dissolução dessas companhias, com base na existência de monopolização violadora do Section II do *Sherman Act*.

O caso anterior é emblemático na motivação do surgimento do *Clayton Act*, pois a Suprema Corte Americana, diante da imunidade das operações ocorridas antes da entrada em vigor do *Sherman Act*, acabou por considerar a *holding* ilegal *per se* em virtude do controle de parcela vultosa de mercado, sem entrar no mérito da operação de concentração ocorrida, que era ilegal. Isso provocou tanto uma insegurança jurídica quanto caracterização jurisprudencial da ilicitude *per se* do poder de mercado, inclusive aquele obtido em virtude de maior eficiência ou processo natural (monopólios naturais).

Da mesma maneira, o citado caso mostrou a necessidade legislativa da regulamentação de condutas que impeçam a conquista artificial de mercado pelo mesmo *Clayton Act*, que define as práticas desleais, algumas condenáveis quando não se verifica a existência de um equilíbrio entre elas e o bem-estar do consumidor (*rule of reason*), caso, por exemplo, da exclusividade, e outras condenáveis por sua mera existência, por serem contrárias à ética concorrencial (*per se*). Foi ainda editado o *Federal Trade Commission Act*, que dá poderes ao Órgão de mesmo nome para definir novas condutas anticompetitivas.⁴⁷

⁴⁷ Também foi relevante para a publicação da legislação o *United States v. Northern Security*, cujo objeto era a concentração no mercado ferroviário. Fábio Nusdeo anota ser “interessante destacar três célebres decisões da Corte, marcantes por terem fixado duas posições totalmente diversas quanto à caracterização do abuso do poder econômico. As duas primeiras foram proferidas em 1911, quando submetidos a juízo dois gigantes *trusts* da época: a *Standard Oil Co.* e a *American Tobacco*. Ambos foram considerados culpados e ordenada a sua dissolução nos termos do *Sherman Act*, de 1890. Em sua fundamentação, ambas as sentenças condenativas basearam-se no fato de os réus terem restringido de forma desarrazoada o jogo concorrencial do comércio. Estabeleceu-se assim a chamada *rule of reason*, de 1911, segundo a qual a concentração e a restrição da concorrência não haviam sido condenadas em si, mas apenas por terem atingido limites excessivos, desarrazoados. Esta passou a ser a orientação jurisprudencial americana, confirmada em diversas decisões posteriores, como as absolutórias da *Eastman Kodak*, da *United Shoe Machine*, da *International Harvester* e da *United Steel*, sempre sob a alegação de que a mera envergadura das firmas não poderia dar causa à sua condenação, desde que o inegável poder econômico das mesmas não fosse usado para causar ofensas ao bem comum nem para comprometer o desempenho dos respectivos setores industriais. No entanto, em 1945, uma radical mudança se verificou, quando a *Aluminum Company of America* (ALCOA) foi condenada por manter um monopólio na venda de alumínio refinado cujo mercado era por ela controlado em 90%. Passou-se, então, do entendimento da chamada *rule of reason* para o princípio da *per se condemnation*, ou seja, a condenação do monopólio em si, em virtude dos riscos a ele inerentes. Por outro lado, as chamadas práticas desleais ou desarrazoadas de comércio têm sido sistematicamente coibida, segundo critérios, ora mais, ora menos

Já na Alemanha, as normas concorrenciais, notadamente o UGW (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), de 1909, nascem focadas mais na ética concorrencial do que no equilíbrio entre concentração e distribuição de bem-estar. Como assevera Calixto Salomão:

O conteúdo desta lei pode ser resumido praticamente ao art. 1.º, que formula clássica do direito da concorrência alemão, que considera ilegal todos aqueles atos *die gegen die guten Sitten verstossen* (contrários às boas práticas comerciais). A fórmula genérica, escolhida propositadamente para permitir grande liberalidade ao Judiciário na definição das novas formas de concorrência consideradas desleais, foi inicialmente muito criticada, pela incerteza jurídica que criava. O maior problema que criou foi, porém, causado pelo que não regulou. Ficando a normativa da concorrência limitada à garantia do respeito a padrões éticos (*die guten Sitten*), sem se preocupar com a manutenção da concorrência em si, abriu-se caminho para a formação indiscriminada de monopólios e cartéis. Somando-se a isso a posição favorável do *Reichsgericht* relativamente às formas de cooperação econômica entre concorrentes, a Alemanha acabou por se transformar no início do século no “país dos cartéis”.⁴⁸

O autor cita, ainda, que a lei antitruste alemã de 1923 resumiu-se a exigir que os acordos de cartel (que, a propósito, envolviam também o Governo) fossem feitos por escrito. Foi somente em 1945, pelo acordo de Potsdam, resultado da derrota e invasão da Alemanha pelas potências aliadas, e depois em 1957, com a promulgação do Tratado de Roma e do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), que foram adotadas regras disciplinadoras do poder nos mercados, rumando para o controle preventivo das concentrações e a sanção do abuso de posição dominante.⁴⁹

Nessa linha, o legislador alemão e posteriormente o Comunitário passam a se preocupar com os abusos no mercado sob da liberdade de concorrência, que gera bem-estar, e não apenas sob a ótica da ética concorrencial.

escritos, com base na *Clayton Act* e legislação subsequente”. NUSDEO, Fábio. Abuso de poder econômico. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coord. do Prof. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 132.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., p. 58-59.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 60-61.

O direito concorrencial surge, portanto, no conjunto de normas que regulam liberdade de concorrência e lealdade concorrencial, e a composição dos conflitos entre esses dois preceitos, de acordo com a política de controle da liberdade de iniciativa adotada em cada país. É interessante notar, porém, que em nenhum deles a tutela da concorrência foi levada a uma extensão tão ampla e tão profunda quanto nos Estados Unidos, chegando-se a afirmar que tal tutela corresponderia a uma verdadeira “religião econômica”, diferentemente do ocorrido na Europa, onde sempre ocorreu uma presença menor do Estado na vida econômica, inclusive na “administração” de acordos entre empresas, justificados, em grande parte, sobretudo na Alemanha, pela necessidade de vencer a concorrência, dominada por países de industrialização mais precoce e, portanto, já maduros para se beneficiarem das inerentes economias de escala. A tal ponto de, no período entre guerras, ter sido ela apelidada de “a pátria dos cartéis”.

4.2 Histórico no Brasil

As Constituições de 1934 e 1937 trouxeram regras relativas à proteção da “economia popular”. A primeira inovou com o capítulo intitulado “Da Ordem Econômica e Social”, que em seu art. 115 diz expressamente: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. E determinou, em seguida, a punição, na forma da lei, dos abusos de poder econômico.⁵⁰ Já a segunda, em seu art. 141,⁵¹ determinou a criminalização por lei dos atentados à economia, equiparados aos crimes contra o Estado.

Em 18 de novembro de 1938 foi então editado o Decreto-lei 869, que regulamentou a previsão constitucional de 1937, regulamentando diversas modalidades de infrações concorrenciais, como o ajuste entre empresas, a fixação de preços de revenda, o açambarcamento de matéria-prima, entre outros. Previa o Decreto-lei a interdição da pessoa jurídica utilizada com tal finalidade. As penas cominadas eram de natureza grave, não cabendo a concessão de livramento condicional, por exemplo.

⁵⁰ “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma (...)”

⁵¹ “Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

O Decreto-lei 7.666/1945, chamado de Lei Malaia, por sua vez, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, cuja sigla também era “Cade”, responsável por aprovar previamente atos de concentração⁵² e punir as práticas de “empresas faltosas ou comprometidas no ato ou fato contrário aos interesses da economia nacional para, dentro de prazo certo, fixado de acordo com as circunstâncias, cessarem a prática dos atos incriminados”. A Cade tinha poderes para interditar empresas, como na legislação anterior.

O Decreto-lei 8.167, de 9 de novembro de 1945, revogou o Decreto-lei 7.666/1945. Ele coincide com o fim da “Era Vargas”.

Eis que em 1962 surge a primeira Lei dedicada exclusivamente à prevenção e sanção de condutas anticompetitivas, a Lei 4.137/1962, que regulamentou o art. 148 da Constituição Federal de 1946,⁵³ e é considerada a primeira legislação concorrencial brasileira. Nela é criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Cade, e todo o procedimento de repressão administrativa e judicial cível do abuso de poder econômico, classificado esse como o domínio de mercados com o objetivo de eliminar a concorrência; elevação sem justa causa de preços para aumento arbitrário de lucros, especulação abusiva e a concentração de empresas “em detrimento da livre deliberação dos compradores ou vendedores”. No dizer de Paula A. Forgioni, a Lei 4.137/1962, durante a sua vigência até 1994, teve tão somente surtos de aplicabilidade, jamais havendo, de modo linear, contribuído, na condição de instrumento de política econômica, a uma verdadeira política da concorrência. Nesse interregno, no qual em sua maior parte o Brasil restou governado pelo regime militar, a

⁵² Decreto-lei 7.666/1945: “Art. 9.º A partir da data da publicação deste decreto-lei, o Departamento Nacional da Indústria e Comércio e as Juntas Comerciais não poderão registrar alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer firmas ou sociedades das espécies referidas no art. 8.º, nem atos relativos à fusão, transformação ou incorporação das mesmas, sem a prévia audiência e autorização da CADE. Parágrafo único. São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância deste dispositivo”.

“Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no país.”

⁵³ “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

quase que total inaplicabilidade da legislação antitruste também se deve ao modelo econômico intervencionista adotado, em que a tutela da concorrência não se mostrava interessante, dada a prioridade ao fortalecimento da empresa nacional.⁵⁴

Mas foi somente em 1991, quando se promoveu a liberalização da economia, com a remoção das políticas tarifárias e não tarifárias que faziam a política industrial brasileira ser considerada intervencionista, que se passa a dar vida à letra da lei, até então dormente por outros motivos políticos, que não propriamente a concretização de seus objetivos. Foi promulgada, então, a Lei 8.158, para adequar a legislação existente à nova realidade econômica. A nova lei não revogou a anterior, criando uma dualidade de sistemas. Como se vê com a criação de novos órgãos, como a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).

Em 1994 foi finalmente promulgada a Lei 8.884/1994, que substituiu as leis anteriores, e, junto com as Portarias e Resoluções editadas pelos órgãos então componentes do chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, formaram o normativo concorrencial administrativo até o início de 2012. Além delas, assumiram e ainda assumem especial relevância a Lei de Processo Administrativo Federal, Lei 9.784/1999, ao Código de Processo Civil, Lei 7.347/1995, de aplicação subsidiária à Lei, com a Lei 9.873/1999, que trata da prescrição no processo administrativo, a Lei 11.482/2007, que estabelece a possibilidade de celebração de acordos em práticas infrativas, bem como a Lei de Licitações, Lei n. 8.666/1993, e as Leis das Agências Reguladoras, que dispõem sobre a concorrência nos principais mercados sujeitos à regulamentação específica, entre outras.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou a ser formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), já existente na legislação anterior, mas que se tornou uma autarquia especial, pela então Secretaria de Direito Econômico (SDE), a antiga SNDE, vinculada ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda.

Sobre o propósito da então nova Lei, Calixto Salomão comenta que:

⁵⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 2008. p. 127-131.

era o que vinha-se tentando fazer sem sucesso desde 1962, através da interpretação das leis anteriores [...] [a lei] imaginou que consolidando os ilícitos em um só artigo (art. 21) e subordinando sua caracterização àquelas três categorias (dominação de mercados, abuso do poder econômico e concorrência desleal) consolidadas no dispositivo anterior (art. 20), conseguir-se-ia, ao mesmo tempo (a) dar liberdade suficiente para o juiz na formulação de uma regra da razão dentro dos limites estabelecidos pelos princípios do art. 20, (b) dificultar, através da fixação dos princípios gerais (art. 20), a contestação constitucional da tipologia aberta que se estava criando e (c) fornecer aos agentes econômicos suficiente segurança jurídica através da declaração expressa de um certo número, ainda que não fechado, de infrações puníveis (art. 21).⁵⁵

Por fim, em novembro de 2011 foi promulgada a atual lei de concorrência, a Lei 12.529/2011, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e introduziu importantes mudanças na análise preventiva dos atos de concentração relevantes à defesa da concorrência, que passou a ser prévia à realização do ato de concentração, na esteira do que se dá na maioria dos países.

Sobre a reestruturação do Sistema de Concorrência, a principal mudança institucional foi a unificação entre o Cade e a então SDE, que passaram a se chamar, respectivamente, Tribunal e Superintendência Geral, sendo conferidos poderes decisórios SDE. A Secretaria de Acompanhamento Econômico teve delegada, pela nova lei, a precípua missão de promover a concorrência, a chamada “advocacia da concorrência”.⁵⁶

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as estruturas cit., p. 67.

⁵⁶ Lei 12.529/2011: “Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: I – opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; II – opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; III – opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; IV – elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; V – elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; VI – propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; VII – manifestar-se, de

Por advocacia da concorrência entende-se a defesa da concorrência pela via promocional, informativa e educativa e de formulação de políticas públicas, por meio da disseminação da cultura da concorrência perante os consumidores, as empresas, os órgãos da Administração, os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público, entre outros. É, basicamente a defesa da concorrência sem a existência de aplicação direta da lei por meio de suas funções obrigacionais *in concreto*.⁵⁷

Na definição da International Competition Network- ICN:

competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanism, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness to the benefits of competition.⁵⁸

A Lei 8.137/1990, que trata da repressão criminal aos ilícitos da concorrência, foi também alterada pela atual Lei de Defesa da Concorrência, o que será objeto de estudo em capítulo específico.

O quadro a seguir sumariza os principais diplomas do histórico legislativo brasileiro em matéria concorrencial:⁵⁹

ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; VIII – encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo. § 1.º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá: I – requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso; II – celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência. § 2.º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência”.

⁵⁷ FERREIRA JUNIOR, Ricardo. *A advocacia da concorrência no Brasil*. Desafios atuais do direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2008. p. 24.

⁵⁸ ICN. *Advocacy and competition policy*. Report prepared by the Advocacy Working Group. Itália, Napoli: ICN’s Conference, 2002, p. i. In: FERREIRA JUNIOR, Ricardo. *A advocacia da concorrência no Brasil* cit., p. 25. FERREIRA JUNIOR, Ricardo. *A advocacia da concorrência no Brasil*. Desafios atuais do direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2008.

⁵⁹ Além das leis citadas acima, cabe mencionar a importância do Código Civil e de seus dispositivos relativos ao ato ilícito, em especial os arts. 186 (“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária,

Constituição	Lei concorrencial específica	Lei penal
1934, art. 117	Não	
1937, art. 141	Não	Decreto-lei 869/1938 Decreto-lei 7.666/1945 Decreto-lei 8.167/1945
1946, art. 148	Lei 4.137/1962	
1988	Lei 8.158/1991 Lei 8.884/1994 Lei 12.529/2011	Lei 8.137/1990

4.3 O “mérito” no direito concorrencial brasileiro

O direito concorrencial é um instrumento normativo a serviço da política econômica do Estado. Suas disposições tratam da nem sempre pacífica relação entre os objetivos das empresas e o bem-estar do consumidor.

As políticas econômicas, das liberalistas às intervencionistas, preocupam-se com o direito da concorrência de alguma maneira, e dosam seu conteúdo e aplicação de um grau mínimo ao máximo de intervenção na atividade empresarial, na estratégia de conquista de mercado (comportamento contratual *lato sensu*) e no intrínseco objetivo de aferição de receitas e lucros. Essas metas empresariais representam a principal preocupação da legislação da concorrência, e se traduzirão em variados comportamentos (condutas) objeto da lei concorrencial.

A análise histórica das legislações brasileiras mostra que enquanto o país teve como política econômica o fechamento do mercado nacional à livre circulação e precificação de bens e serviços, o papel da Lei de Defesa da Concorrência era simplesmente garantir o controle do mercado interno como determinado pelo governo, seja via controle de preços ou de empresas autorizadas a atuar em setores considerados

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”) e 927 (“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”), que são relevantes para o *private enforcement of antitrust*, ou seja o pedido de reparação de dano por empresas lesadas em virtude de violações à lei de concorrência por agentes de mercado.

estratégicos, como alimentício, mídia, químicos e farmacêuticos, tecidos, instrumentos de trabalho, bancos, entre outros.⁶⁰

Sob essa orientação, o aspecto de proteção à economia popular, via, inclusive, criminalização de condutas indesejáveis,⁶¹ era preponderante.

Com a edição da então nova lei de concorrência, em 1994, quando a política econômica voltava-se para a abertura da economia, o papel designado pelo legislador às autoridades concorrenciais foi alterado e ganhou maiores proporções, além de apresentar maior refinamento em termos técnicos. Ela imprimiu a orientação constitucional de 1988, no sentido da garantia da livre-iniciativa, com proteção à livre concorrência e ao consumidor, com a repressão aos abusos de poder econômico no plano infralegal, objetivos que permaneceram na atual Lei 12.529/2011.

O regime de aprovação, pelo Cade, das concentrações empresariais, passou a se aplicar, em tese, a todos os setores da economia, desde que passíveis de gerar efeitos nocivos à livre competição e ao bem-estar dos consumidores, assim consideradas, pelo Cade, aquelas em que, cumulativamente, pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$

⁶⁰ Decreto-lei 7.666/1945: “Dos Atos Nocivos ao Interesse Público: [...] Art. 5.º Os atos referidos no art. 1.º serão considerados nocivos ao interesse público quando a) envolverem indústrias bélicas, indústrias básicas, empresas editôras, jornalísticas, de rádio e teledifusão ou de divulgação e publicidade; b) deles participarem empresas estrangeiras; c) resultarem da ação de empresas nacionais ou estrangeiras, notoriamente vinculadas a coalizões, ‘trusts’ ou cartéis, ajustados no estrangeiro. Art. 6.º Serão desapropriadas pela União as empresas comerciais, industriais ou agrícolas comprometidas ou envolvida em atos nocivos ao interesse público. [...] Art. 8.º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da CADE: a) os estabelecimentos bancários; b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios; c) as empresas que operem em seguros e capitalização; d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea; e) as empresas editôras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade; f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos; g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos; h) as indústrias de tecidos e calçados; i) as empresas de mineração; j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral; k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública”.

⁶¹ Nomenclatura curiosamente presente não apenas na legislação criminal, mas também na administrativa: Lei 4.137/1962: “Art. 48. A intervenção será requerida [...] (vetado) [...] dentro de 10 (dez) dias a Juízo dos Feitos da Fazenda Pública da sede das empresas incriminadas ou de uma, delas à escolha do CADE, se tiverem sedes diversas, em petição fundamentada com os requisitos enumerados no art. 158 do Código do Processo Civil, no que fôr aplicável”.

400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).⁶²

⁶² Lei 12.529/2011: “ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1.º Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2.º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3.º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4.º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3.º deste artigo.

§ 5.º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6.º deste artigo.

§ 6.º Os atos a que se refere o § 5.º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7.º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§ 8.º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§ 9.º O prazo mencionado no § 2.º deste artigo somente poderá ser dilatado:

- I – por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou
- II – por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei. Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de

Além da aprovação das concentrações empresariais, para completar o círculo de defesa *in concreto* da concorrência (resta a advocacia da concorrência em abstrato) manteve um regime de repressão às práticas mercadológicas ou comportamentos indesejáveis.⁶³

Seja em relação às concentrações (campo da prevenção a lesões concorrenciais) ou em relação às condutas de agentes no mercado (campo da repressão de condutas anticompetitivas), parâmetros normativos de equilíbrio entre o exercício do poder econômico pelas empresas e os benefícios à sociedade consumerista foram refinados, como modo de legitimar a intervenção estatal em situações indesejadas nos termos da Constituição de 1988. Desde 1984, não se trata mais de aprovar ou reprovar uma conduta de acordo com a simples vontade política, discricionária. Passou a ser necessária justificativa economicamente relevante para intervir na atividade empresarial, como, por exemplo, a comprovação da falta de distributividade entre os benefícios da restrição da competição entre o empresário e seu consumidor ou cliente.

Nesse sentido, o artigo então relacionado à atividade preventiva da autoridade, o controle das concentrações, trouxe a seguinte redação:

Lei 12.529/2011. Art. 88.

[...]

§ 6.º Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Já em relação à repressão de comportamentos indesejáveis, a despeito de tal lei trazer alguns clássicos exemplos, como o cartel, fixação de preços de revenda e a recusa na prestação do serviço, contidos num rol exemplificativo de condutas (art. 36),

Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública”.

⁶³ Vide capítulos II, III e IV da Lei 12.529/2011.

somente são possíveis de serem punidas as práticas com objeto previstos no *caput* e § 1.º do mesmo artigo:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
 I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa;
 II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
 III – aumentar arbitrariamente os lucros; e
 IV – exercer de forma abusiva posição dominante.
 § 1.º 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 do *caput* deste artigo.

A discussão dos objetivos da legislação de defesa da concorrência aplicada é um dos mais clássicos debates teóricos. Trata ela dos meios para proteger um estado concorrencial.

Nele opõe-se, em grandes linhas, a Escola de Chicago, que nasce nos Estados Unidos por volta de 1950 e que tem como expoentes Aaron Director, e posteriormente Robert Bork e Richard Posner, e a chamada Escola Ordoliberal, ou Escola de Freiburg, que nasce na Europa por volta de 1930 e tem como principal expoentes os professores Walter Eucken, Hans Grossmann-Doerth e Franz Böhn, seguida posteriormente, ainda que de maneira menos intervencionista, por Friedrich von Hayek, bem como por Hans Joachim Mestmäcker.⁶⁴

Segundo os ensinamentos de Calixto Salomão filho, para a Escola de Chicago, chamados neoclássicos, o objetivo da lei antitruste é garantir a eficiência, e eficiência é a habilidade de produzir a custos menores, de diminuir os preços para o consumidor. Trata-se da identificação da chamada eficiência produtiva, que elimina qualquer outro valor que possa ser objeto de preocupação do direito concorrencial, inclusive a pluralidade de agentes e os altos índices de concentração:

⁶⁴ Paula Forgioni explicita, ainda, a posição da Escola de Harvard, como contraposta à da Escola de Chicago, e que preconiza a tutela da concorrência como um fim em si, para que se mantenha uma estrutura pulverizada (*Os fundamentos do antitruste* cit., p. 169-170).

Uma vez identificada a eficiência a um objetivo de política legislativa praticamente incontestável como é a proteção do bem-estar do consumidor, é possível opô-la aos demais objetivos do direito antitruste. É o que fazem os neoclássicos. Segundo eles, a existência ou utilização de outros objetivos além do bem-estar do consumidor (no sentido definido acima) na aplicação das normas de concorrência são criadoras de uma situação paradoxal, já que, por vezes, bem-estar do consumidor e defesa da concorrência indicam soluções opostas. O exemplo clássico do choque entre dois interesses são as concentrações econômicas. Nelas, a proteção de ambos os interesses, desde que levada a extremos (e, como se verá, caso a sua interação não tenha sido completamente compreendida), pode levar a soluções opostas. Assim, a proteção exclusiva da competição pode levar a concluir pela ilicitude de uma concentração econômica que, contando com ganhos de produtividade e eficiência, poderia ser benéfica para os consumidores. O inverso é igualmente verdadeiro, isto é, a preocupação exclusiva com os interesses dos consumidores pode levar a aprovar concentrações que levem a forte dominação de certos agentes econômicos sobre o mercado, o que pode ser bastante prejudicial aos concorrentes. Esse aparente paradoxo demonstra, segundo os Teóricos de Chicago, que ambos (bem-estar do consumidor e defesa da concorrência) não podem conviver.⁶⁵

A crítica que pode ser feita à Escola de Chicago é de haver uma contradição entre a eficiência produtiva e distributiva, pois o fato de uma concentração maior levar a uma redução de custos não assegura que tal redução reverterá em menores preços aos consumidores, mormente num ambiente de maior concentração.

Paula Forgioni explicita a posição da Escola de Harvard, como contraposta à da Escola de Chicago, e que preconiza a tutela da concorrência como um fim em si, para que se mantenha uma estrutura pulverizada.⁶⁶

Já para os ordoliberalis (ou Escola de Freiburg), é na existência de competição, sem barreiras à entrada por novos competidores em mercados, que deve centrar-se o direito antitruste.

Mais do que baseada na crítica à teoria neoclássica [definição equivocada de bem-estar do consumidor segundo critérios de eficiência produtiva e impossibilidade de aceitação, na elaboração de modelos jurídicos, do conceito de concorrência perfeita, i.e, homogeneidade dos produtos e de informação] a afirmação ordo-liberal da imprevisibilidade dos efeitos do

⁶⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., p. 21.

⁶⁶ *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 169-170.

sistema concorrencial está baseada em uma concepção fundamental. Para os ordo-liberais, a grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite *descobrir* as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar. É a clássica definição de Hayek do sistema concorrencial como *Entdeckungsverfahren* (processo de descoberta). Ora, fundamental para um processo de livre escolha e descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos), mas, também, que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais etc. A possibilidade de escolha, assume, portanto, um valor em si mesmo. [...] A preocupação com a liberdade de escolha e decisão do consumidor é, aliás, chave para responder uma das principais críticas dos neoclássicos à inclusão da defesa da concorrência entre os valores a serem perseguidos pela legislação antitruste.⁶⁷

Calixto Salomão rechaça a validade do paradoxo borkiano, no sentido de que concorrência e defesa do consumidor se excluem mutuamente, quando comenta as finalidades da legislação brasileira. Baseado na inevitável constatação de que a lei antitruste traz preceitos de livre concorrência e defesa dos consumidores, assevera ele que a consequência dessa previsão é a preocupação necessária com a eficiência econômica e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtores e consumidores, o que evidencia a instrumentalidade da preservação da concorrência, que não se confunde com a proteção de pequenos concorrentes ou de agentes ineficientes de maneira alguma, para a defesa do bem-estar do consumidor.⁶⁸

Como se vê, a possibilidade de aplicação de parâmetros de caracterização da ilicitude de comportamentos anticompetitivos é um dos grandes celeumas da seara antitruste, que repousam também sobre a dicotomia da punição de condutas *per se*,⁶⁹ ou seja, cada vez que se identifica um ato antiético qualificado na lei porque, em tese, restritivo da pluralidade concorrencial, ou alternativamente, o *rule of reason*, no qual devem ser sobpesados os benefícios da conduta para o consumidor com os malefícios aparentes da conduta enquadrada na hipótese normativa.

⁶⁷ *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 23-24.

⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., p. 33.

⁶⁹ Paula Forgioni esclarece que “a ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico. A partir do momento em que um ato é tomado como ‘ilícito *per se*’, é considerado restritivo da concorrência de forma não razoável, e deverá ser repudiado” (*Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 209-210).

E, hoje em dia, levando em consideração outros objetivos de política econômica como o desenvolvimento, o avanço tecnológico, a redução das desigualdades etc., além do citado texto de lei, que determina condicionantes à punição das condutas detectadas, pode-se dizer que o Brasil adota o *rule of reason*, ou seja, a punição de comportamentos concorrencialmente indesejáveis apenas quando trouxerem possibilidade de efeitos indesejáveis sob a ótica do bem-estar, o que vai de encontro à lógica civilista e penal, bem como à própria gênese americana que no início considerava esta regra em seu *Sherman Act*, interpretado literalmente, e que foi nitidamente inspirador das leis brasileiras.⁷⁰

A exceção aparente à regra da razão é a dos cartéis denominados *hard core*, nos quais há uma coordenação tão forte e direcionada à provocação de prejuízos à coletividade e à concorrência que o Cade exclui a possibilidade de não ser ela contra a eficiência.⁷¹

A despeito da adoção de regras subordinativas de ilicitude à regra da razão, a lei parece, no entanto, ter deixado espaço para a discricionariedade de punição direta de algumas condutas consideradas altamente nocivas, independentemente de verificação de fatores como eficiência da prática ou operação para o mercado, como os *hard core* cartéis. Isso foi possível porque se condicionou a punição de condutas indesejáveis à (simples) detecção de condutas concorrencialmente questionáveis, dando ampla margem de decisão ao julgador. De todo modo, não se verifica, na prática, um exercício constante dessa discricionariedade para condenação de comportamentos que não reúnam condições teóricas de produzir danos no mercado, o que mostra um abandono da regra *per se* na esfera administrativa.

⁷⁰ A esse respeito ganha destaque a teoria do Law and Economics: “No campo da teoria jurídica, um dos importantes desdobramentos dos avanços experimentados na economia do bem-estar e no que se convencionou chamar de economia institucional foi o movimento batizado, a partir dos trabalhos de Calabresi, Ronald Coase e Posner, de Law and Economics. O Law and Economics tem uma dimensão positiva e uma dimensão normativa. Em sua dimensão positiva, tenta descrever o fenômeno jurídico a partir do critério e metodologia econômicos. Em sua dimensão normativa, o Law and Economics propõe que políticas públicas e o próprio processo de interpretação construtiva do direito se pautem por critérios de eficiência” (GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006. p. 37- 38).

⁷¹ Vide Processo 08012.000283/2006-66, COMPROVE – Consultoria Cível e Contábil; SMARJA – Sociedade dos Mineradores de Areia no Rio Jacuí Ltda.; SOMAR – Sociedade Mineradora Ltda.; Aro Mineração Ltda. Formação de cartel, por meio da fixação "paritária" de preços, em função da compensação dos custos relativos a distâncias entre as jazidas e os depósitos de areia.

**Quadro comparativo entre os principais dispositivos de mérito,
balizadores da intervenção concorrencial, nas Leis 8.884/1994 e
12.529/2011**

Os trechos grifados ilustram as alterações no conteúdo dos dispositivos:

	Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Condutas	<p>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:</p> <p>I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;</p> <p>II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;</p> <p>III – aumentar arbitrariamente os lucros;</p> <p>IV – exercer de forma abusiva posição dominante.</p>	<p>Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:</p> <p>I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;</p> <p>II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;</p> <p>III – aumentar arbitrariamente os lucros; e</p> <p>IV – exercer de forma abusiva posição dominante.</p>
Concentração	<p>Art. 54. § 1.º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:</p> <p>I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:</p> <p>a) aumentar a produtividade;</p> <p>b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou</p> <p>c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;</p> <p>II – os benefícios decorrentes sejam <i>distribuídos equitativamente</i> entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de <i>parte substancial</i> de mercado relevante de bens e serviços;</p> <p>IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.</p> <p>§ 2.º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por <i>motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.</i></p>	<p>Art. 88. § 5.º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que <i>possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços</i>, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.</p> <p>§ 6.º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:</p> <p>I – cumulada ou alternativamente:</p> <p>a) aumentar a produtividade ou a <i>competitividade</i>;</p> <p>b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou</p> <p>c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e</p> <p>II – sejam repassados aos consumidores <i>parte relevante</i> dos benefícios decorrentes.</p>

Como se vê, no caso das condições essenciais para caracterização de condutas ilegítimas, nada se alterou. Já no caso do controle de concentrações o artigo da lei parece ter sido adaptado, sem grandes inovações de mérito, para tornar clara a proibição, em princípio, de atos concorrencialmente perigosos, cuja realização, como na lei anterior, pode ser autorizada mediante o atendimento de requisitos estabelecidos. Substituiu-se a repartição equitativa de benefícios com os consumidores por repartição de “parte relevante” e autoriza-se a realização de atos que possam aumentar a competitividade, em vez do antigo motivo de economia nacional e de bem comum, desde que não acarretem prejuízo ao consumidor final.

Passaremos à ilustração das peculiaridades da política econômica antitruste, tal como referido no início da dissertação. Após tal identificação, seguir-se-á à análise dos instrumentos processuais utilizados para o alcance dos objetivos.

5

**DIREITO SANCIONADOR DO ABUSO DE PODER
ECONÔMICO****5.1 Introdução**

Neste capítulo iniciaremos a análise da sanção relacionada aos comportamentos de abuso de poder econômico. O objetivo é encontrar espaços de melhor integração funcional e finalística entre as esferas administrativa e penal, que são concorrentes quando se trata de buscar a punição de condutas consideradas abusivas pelos respectivos ordenamentos.

A análise buscará espaços de integração funcional e finalística porque não se discute a constitucionalidade do sistema atual, que assegura a convivência dual das sanções, sem atribuir de maneira expressa competência exclusiva para punição de condutas a nenhuma das duas esferas envolvidas (muito embora possa ser discutida tal questão sob a ótica do *nen bis in idem*, considerada a finalidade da pena imposta).

Questão central para a análise dos sistemas sob a ótica da verificação de espaços de integração pode ser colocada *ab initio*: deve um indivíduo ser processado dupla e concomitantemente por abuso de poder econômico, nas esferas administrativa e penal? Quais as implicações de diversas e eventualmente díspares atuações e decisões sobre a existência de infração à ordem econômica nas esferas penal e administrativa, quando se tratar de abuso de poder econômico? A unidade e eficiência do sistema jurídico e a produção de normas jurídicas concretas restarão comprometidas?

O que se pretende, portanto, a partir deste ponto do trabalho, é apresentar as premissas da atividade sancionadora em matéria antitruste e refletir sobre o método de sua aplicação, pós-consolidação constitucional e legal de um direito concorrencial administrativo sancionador na matéria. Inicialmente serão tratados aspectos teóricos do direito administrativo e, sempre que conveniente, serão adicionados comentários comparadores ao direito penal.

Em seguida, mais precisamente no próximo capítulo, daremos continuidade à análise aqui iniciada de modo mais teórico, voltando-nos ao conteúdo positivo das normas sancionadoras administrativas e penais, bem como a sua comparação com integração funcional e finalística da sanção penal e administrativa na esfera tributária, exemplo mais rico de coordenação aplicada de tais sanções.

5.2 Natureza do direito administrativo moderno

O Direito Administrativo tradicional era limitado às atividades públicas, sobre as quais imperava a supremacia do interesse público em determinada atividade que, sendo realizada pelo Estado, dotava-o de mecanismos de imposição de sua vontade, vinculada a uma finalidade maior, por meio de um conjunto de regras coercitivas sobrepostas à vontade dos particulares.

Atualmente, como nos explica Medina, tal conceito não é mais suficiente para caracterizar o Direito Administrativo:

o pilar do interesse público é a base do Direito Administrativo. O próprio Estado somente pode atuar na vida, nas relações, através do ramo jurídico em exame, quando amparado em um interesse público. Essa noção, todavia, assume feições cada vez mais difusas e abrangentes, não raro alcançando outras categorias, tais como interesses coletivos, interesses gerais, interesses difusos ou individuais indisponíveis.⁷²

O autor ilustra o papel do Direito Administrativo moderno com o fim do Direito Administrativo Econômico, que, muito embora tenha como pano de fundo o pilar do interesse público, pode e deve tutelar diretamente a atividade econômica privada, em nome de interesses coletivos, estabelecendo restrições ao exercício de atividades econômicas nas quais o Estado nem sequer atua direta ou indiretamente.

Azevedo Marques segue na mesma linha:

⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 67.

Por décadas, a intervenção estatal no domínio econômico foi identificada com o intervencionismo direto na economia, com estatização de atividades econômicas por razões estratégicas [...] Se assistimos uma acelerada diminuição no intervencionismo direto do Estado, isso não significa dizer que, automaticamente, assistimos uma diminuição de toda a intervenção estatal no domínio econômico. Ninguém desconhece a multiplicidade de mecanismos de que dispõe o Estado para intervir na ordem econômica. Fosse necessário demonstrá-lo, bastaria lembrar o desenvolvimento vivido nas últimas décadas pelo Direito Econômico e particularmente pelo Direito Administrativo Econômico.⁷³

Assim é desenhado o objetivo do Direito Administrativo moderno: um ramo preocupado com o bem-estar coletivo, conceito que vai muito além da tradicional simples atuação direta na economia ou do simples poder de polícia.

Podemos verificar que vários pilares do juspublicismo estão hoje postos à prova. Dentre tantos fatores que levam a esta constatação, o principal deles parece ser a relação que o Estado hoje é obrigado a travar com os diversos setores econômicos e sociais [...] uma primeira consequência deste processo é que o Estado tem que se afastar do seu caráter autoritário. Tem que abandonar a perspectiva da unilateralidade em favor da transação; o *poder extroverso*, confrontado com uma crise de efetividade, tem de se transmutar, transformando-se em poder consensado, em mediador das relações sociais e econômicas. Isso torna necessário que a atividade regulatória estatal: i) passe a ter uma maior preocupação com a motivação; ii) tenha um caráter marcadamente procedimental, processualizado; iii) envolva fortemente os administrados – mormente os atores relacionados ao setor específico objeto da regulação – no processo decisório, mediante o recurso às consultas e audiências públicas, por exemplo; iv) não possa se desenvolver sem uma radical transparência, traduzida na radicalização do princípio da publicidade e na introdução de efetivos mecanismos de controle pelos sujeitos e interessados no exercício desta atividade.⁷⁴

Nasce na Constituição de 1988 um Direito Administrativo com ênfase no papel de garantia da sujeição dos direitos individuais aos metaindividuais, tendo a Administração Pública ou o Poder da República competente⁷⁵ a função de implementá-

⁷³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros. p. 73.

⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁵ Há casos nítidos em que o Poder Judiciário pratica atos administrativos típicos, vale dizer, não apenas no desempenho de funções disciplinares, mas de gestão de orçamento e de exercício de autonomia administrativa ou quando cuida da promoção ou remoção de seus membros. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 78.

lo por meio de um conjunto de valores, regras, princípios e postulados que incidem diretamente sobre a ação administrativa e submetem tanto a Administração Pública em suas atividades intrínsecas e extrínsecas quanto os particulares em sua relação com o Estado e entre si.

5.3 Natureza da sanção no Direito Administrativo moderno

Delimitado o conceito de Direito Administrativo moderno, necessário compreender a natureza da sanção que resulta do descumprimento de seus preceitos. Para melhor caracterizá-la, socorrer-se-á de um conceito geral e, em seguida, abordar-se-á o que não se pode confundir com sanção administrativa, de modo que melhor delimite sua natureza, que é elemento-chave para a proposta deste estudo.

Sanção ou punição administrativa pode ser caracterizada como:

Mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de Direito Público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar.⁷⁶

Não se deve confundir sanção administrativa com o exercício do poder de polícia, este caracterizado pela faculdade da administração de restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais para os quais o indivíduo estava previamente habilitado, com vistas ao restabelecimento da organização do Estado e da legalidade, de modo preventivo ou repressivo.

Na mesma linha segue o **poder investigatório**, que em nada se confunde com o poder sancionador, muito embora, tal como o poder de polícia, tenha estreita relação com ele. Também não se confunde a sanção com as medidas acautelatórias e

⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 100.

preventivas, muito utilizadas no Direito Administrativo (e também no Direito Penal), que têm por finalidade evitar um mal ou assegurar a efetividade da sanção, sem com ela se confundir.

Por outro lado, as **medidas rescisórias**, destinadas ao desfazimento de atos ou contratos bilaterais celebrados com infração às normas (muito comuns na seara antitruste), são consideradas sanções administrativas, uma vez que nunca esteve o indivíduo autorizado a celebrar tal ato ou contrato. Sua imposição não se confunde com as medidas de restabelecimento da ordem pública (poder de polícia).

Porém, por serem consequência da própria relação que se pretende desfazer, são consideradas sanções específicas, e não implicam *bis in idem* em relação à imposição de castigos de ordem sancionatória geral, como ensina Medina.⁷⁷ Exemplo de medida de caráter sancionatório geral decorrente do contrato é a impossibilidade de contratar com o poder público. Ela terá seus efeitos no futuro e deve submeter-se ao princípio do *non bis in idem* em relação a outras penas privativas da liberdade de contratar.

Também se distinguem as sanções administrativas das **medidas compensatórias de natureza civil**, ainda que sejam estas classificadas dentro do rol das sanções em legislações administrativas. É que lhes falta a característica teleológica de punição (mal ou castigo), sendo sua finalidade intimamente ligada ao ressarcimento do erário pelos danos causados, ou seja, tendo natureza de indenização, estranha à atividade sancionadora. Tais medidas têm natureza civil e se afastam, por óbvio, do caráter penal a que se afilia a sanção administrativa propriamente dita. Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa física ou jurídica obter reparação por preços abusivos praticados por um cartel.

Como se vê, a sanção administrativa, parte indissociável do *ius puniendi* estatal, tem características próprias, muito aproximadas do Direito Penal e de outros eventuais ramos que comunguem dos mesmos objetivos de imposição de pena aflitiva. Consequência lógica é que a sanção administrativa exige que o Estado assegure ao sujeito de maneira ampla as garantias individuais previstas em nossa Constituição.

⁷⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 105.

5.4 Direito Administrativo Sancionador – fronteiras com o direito penal

Sobre o Direito Administrativo Sancionador, ensina Medina Osório que:

Tratar do Direito Administrativo Sancionador, de uma teoria jurídica sobre este conjunto de normas punitivas, equivale a adentrar no complexo universo do Direito Administrativo e suas fronteiras com o Direito Penal. Através do Direito Administrativo, nos sistemas predominantemente influenciados pela tradição da chamada *Civil Law*, ou cultura romano-germânica, o Estado, além de desempenhar inúmeras funções, costuma proibir e sancionar determinados comportamentos, alcançando agentes públicos e particulares [...] em todos estes espaços e campos institucionais, o Direito Administrativo divisa fronteiras muito tênues com o Direito Penal, no bojo daquilo que convencionamos denominar Direito Punitivo ou Direito Sancionador. [...] O Direito Administrativo de corte anglo-saxão é, à semelhança do que ocorre nos modelos romano-germânicos, inegavelmente, o instrumento pelo qual as Agências ou Quangos atuam, no desempenho de suas variadas e complexas atribuições, inclusive na esfera punitiva. **Não é de surpreender que, rigorosamente, seja viável cogitar de significativas aproximações entre as mais diversas vertentes da disciplina da atuação estatal sancionatória, no contexto do Direito Administrativo global**, apesar de as discrepâncias institucionais, culturais e normativas seguirem sendo o foco central dos discursos jurídicos contemporâneos, no bojo do Direito comparado. **O devido processo legal está na raiz dos diálogos das fontes jurídicas, suas conexões e núcleos comuns.**⁷⁸

E como visto no início deste trabalho, em linha com o pensamento de Medina Osório, ao processo administrativo foram conferidas, pela Constituição de 1988, garantias antes endereçadas exclusivamente ao processo judicial, inclusive o devido processo legal. Tal equiparação do processo administrativo ao judicial deu margem à institucionalização das múltiplas variáveis do poder de polícia do Estado, em forma de processos não judiciais, com a preservação dos direitos e das garantias necessários. Como também visto anteriormente, a defesa da coletividade contra os abusos do poder econômico passa (mais concretamente) em 1994 a ser disciplinada em um diploma de natureza predominantemente administrativa, a despeito da existência de lei penal que mantém algumas previsões criminais.

⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 37.

Alejandro Nieto, renomado administrativista espanhol, discorre sobre a gênese e função do processo administrativo sancionador:

Durante vários séculos considerou-se que as sanções impostas por órgãos da administração indubitavelmente se tratavam de exercício do poder de polícia, no sentido criminal. Uma atitude perfeitamente lógica, se se tem em conta que a polícia se identifica com a administração interna e operava como a alternativa à jurisdição. Sem embargo, esta concepção perdeu sua razão de ser quando evoluiu a ideia universal de polícia, para converter-se essa em uma das variáveis entre as múltiplas atividades administrativas, rompendo-se, assim, a identidade entre a polícia e administração pública. A consequência foi a necessidade de se buscar um novo lugar para as contravenções, e isto aconteceu, em especial, na Alemanha e Itália. Na Espanha a concepção se manteve durante muito mais tempo, por influência da América do Sul. [...] De uma perspectiva rigorosamente técnica se preocupou Rebollo (1989, em diversos trechos e em especial 44 ss.) em eliminar as conexões entre polícia e sanções que todavia seguem paralelas por inércia. Para esse autor, é indiscutível que as sanções administrativas e a polícia tenham, no fundo, o mesmo objetivo: a proteção de interesses públicos e coletivos. Identidade teleológica pouco relevante, entretanto, pois os meios empregados e a forma de atividade são muito distintos. A polícia pretende evitar que se rompa a ordem e, portanto, a restabelece; enquanto as sanções castigam uma conduta individual já realizada. O que ocorre é que a polícia pode servir-se ocasionalmente de sanções para conseguir seus fins, e que a imposição de sanções pode contribuir para o cumprimento da ordem, mas isso não autoriza a confusão das figuras nem a integração de uma a outra, mas tão somente a afirmar que se trata de dois meios complementares e distintos dirigidos a idêntico fim.⁷⁹

Entendemos, portanto, tal como nos países europeus citados pelo autor, que o Direito Administrativo Sancionador brasileiro apresenta tênues fronteiras com o Direito Penal Sancionador quanto às finalidades punitivas, muito além do simples reestabelecimento da ordem via poder de polícia nato à Administração.

Não por outro motivo é que se faz imprescindível o estudo dos mecanismos de sanção do indivíduo infrator da ordem econômica, de tal modo que se verifique se o sistema atualmente empregado (possibilidade de sanção concomitante nas esferas administrativa e penal) condiz com o conceito moderno da administração, decorrente

⁷⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 172-175. Tradução livre.

especialmente das finalidades e garantias constitucionais estampadas na Constituição de 1988, na Lei de Processo Administrativo e Lei de Defesa da Concorrência.

Esta foi, aliás, a nítida intenção do legislador brasileiro: institucionalizar mecanismo de proteção da concorrência pela via principal do Direito e processo administrativo, sujeito à revisão judicial, como garantido constitucionalmente e a exemplo, também, do que determina o *Federal Trade Commission Act* (1914) numa maneira mais claramente procedimentalizada:

Any person, partnership, or corporation required by an order of the Commission to cease and desist from using any method of competition or act or practice may obtain a review of such order in the circuit court of appeals of the United States, within any circuit where the method of competition or the act or practice in question was used or where such person, partnership, or corporation resides or carries on business, by filing in the court, within sixty days from the date of the service of such order, a written petition praying that the order of the Commission be set aside.⁸⁰

A Lei de Processo Administrativo Federal, Lei 9.784/1999, é diploma de suma importância no sistema administrativo sancionador, pois completa o universo das ferramentas administrativas balizadoras da atuação estatal, seja por ser norma de aplicação subsidiária à Lei de Concorrência ou por trazer em seu bojo os princípios da administração pública.

Não pretendemos, com tal identificação, imaginar que o direito administrativo sancionador possa substituir o penal, especialmente em condutas cujo castigo entenda-se, por razões de política criminal e implícita ofensividade, deva ser levado à categoria penal, ou mesmo que se entenda necessária a participação motivada de autoridade investigatória perante os órgãos de defesa da concorrência, num procedimento híbrido. Mas é fato que hoje se observa claramente um conjunto de ferramentas de caráter administrativo apto a sancionar o infrator sem encarceramento, a despeito do uso de tal ferramenta de natureza penal se assim o Estado a definir.

⁸⁰ Section 5, (4) (A) c).

Comparando-se apenas a possibilidade sancionatória de valores sociais em relação à ordem econômica como um vetor, podemos dizer que o direito administrativo e o direito penal quase se sobrepõem horizontalmente, o que dá margem à afirmação relativa de um direito sancionador único. No mesmo sentido, um caráter distintivo do direito penal e administrativo como unidade dos demais ramos integrantes do direito, com o direito civil e trabalhista, neste horizonte, é o elemento teleológico de regulação e manutenção da ordem pública dos valores sociais globais.

Porém, tal unidade é relativa. Isso porque, em primeiro lugar, considerada a profundidade das medidas como uma linha vertical, especialmente para as pessoas físicas, o direito penal é, em regra, verticalmente mais profundo que o direito administrativo, tendo como critério de distinção medidas de restrição de liberdade pessoal. E, em segundo lugar, porque cada um dos ramos do direito apontados têm regimes jurídicos próprios, muito embora ligados à mesma Constituição Federal.

Um dos principais exemplos é a responsabilização da pessoa jurídica, fartamente aceita na esfera administrativa e com aplicabilidade limitada na esfera penal. Outro exemplo é o processo sempre judicial aplicado ao direito penal, muito embora o processo administrativo esteja tanto sujeito à revisão judicial como tenha suas leis fartamente aplicadas por juízes.

A seguir exploraremos em detalhes a configuração positiva da atividade sancionatória administrativa e a compararemos com a penal, para que tais diferenças *in concreto* da sanção fiquem também evidenciadas.

Porém, desde já deve-se deixar clara a similitude de finalidade entre as duas esferas punitivas, para o prosseguimento nos apontamentos da necessidade de coerência funcional e finalística na utilização dos instrumentos, assim como o entendimento entre as autoridades responsáveis, ou seja, a inevitável tarefa de explorar o campo da existência de um *ius puniendi* coerente, formado de peças que, como num quebra-cabeça, supostamente se integrariam. O próprio exemplo da responsabilidade fartamente aceita da pessoa jurídica comprova tal tese.

Não haveria, salvo melhor juízo, inconstitucionalidade alguma no procedimento do legislador que tipificasse uma infração no Direito Administrativo de modo mais severo do que a tipificação – primária e secundária – formulada no direito penal. De modo que não há ao cidadão um direito subjetivo público de que a infração administrativa seja menos grave do que a infração no direito penal. [...] a regra, enfim, é a existência de diferenças, não de identidades entre os direitos penal e administrativo sancionador, como também no interior desses modelos se reproduz a mesma lógica das diferenciações intensas. Nesse ponto, cabe lembrar a existência de diferenças, em grau acentuado, justifica a invocação de regimes jurídicos distintos para realidades distintas, mas não se pode ignorar a possibilidade dos chamados “núcleos duros” aos quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada.⁸¹

5.5 Das sanções por abuso de poder econômico

5.5.1 Sanções administrativas

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é o nome que recebe o conjunto de órgãos que compõem o arranjo institucional administrativo destinado à prevenção e repressão de atos conforme a Lei Concorrencial, que é o principal diploma que regulamenta a Constituição de 1988 no tocante à repressão do abuso de poder econômico, conforme visto no Capítulo 4.

O Sistema é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), cuja organização está contida nos arts. 9.º a 11 da Lei – órgão julgante pertencente à administração indireta, vinculado ao Ministério da Justiça, e por autoridades, duas de maior relevância na decisão de casos: a Superintendência-Geral (descrita nos arts. 12 a 14), que tem como principais atribuições julgar concentrações consideradas de menor impacto entre as sujeitas à obrigação de autorização prévia do Sistema, assim como instruir os processos administrativos e outros expedientes destinados a apurar infrações à concorrência; a segunda autoridade é o Tribunal, última instância do Sistema Administrativo, responsável por julgar concentrações declaradas complexas e processos para a imposição de sanções contra a ordem econômica, além de outras decisões circundantes, como a imposição de multas por intempestividade de apresentação de atos e julgamento de recursos.

⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 117 -131.

Ao lado dessas duas autoridades, protagonistas na análise concorrencial, estão a Procuradoria-Geral (arts. 15 e 16), responsável por emitir opiniões jurídicas e executar as decisões administrativas, fiscalizar a lei e celebrar acordos, representando o Cade judicialmente; o Ministério Público (art. 20), responsável pela emissão de pareceres e eventual atuação em conjunto com a Superintendência-Geral, quando solicitado por ela, e o Departamento de Estudos Econômicos (arts. 17 e 18), responsável por alimentar o Sistema com dados de mercado, realizar e organizar estudos em busca de tais dados.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), vinculada ao Ministério da Fazenda, também integra o Sistema. De acordo com art. 19 da Lei, é a responsável pela advocacia da concorrência, conforme conceito transcrito no capítulo anterior.

**Tabela Comparativa do arranjo institucional administrativo
na Lei 8.884/1994 e na nova Lei 12.529/2011**

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Cade	Tribunal
Secretaria de Direito Econômico	Superintendência-Geral
Procuradoria-Geral	Procuradoria-Geral
Ministério Público	Ministério Público
–	Departamento de Estudos Econômicos
Secretaria de Acompanhamento Econômico	Secretaria de Acompanhamento Econômico

5.5.2 O processo administrativo

A nova Lei (12.529/2011) passou a prever os seguintes tipos de processos: o procedimento preparatório de inquérito administrativo; os inquéritos administrativos e o processo administrativo, que se subdivide em (i) de apuração de infrações à ordem econômica; (ii) de aprovação de atos de concentração econômica; e (iii) de apuração de sanções processuais incidentais (art. 48, I a VI).

Sobre seus objetivos, podem ser subdivididos em (i) *movimentos concentracionistas*: o procedimento administrativo para apuração de concentração

econômica (sem normas específicas expressas no texto legal) e o processo administrativo para análise de concentração econômica (arts. 53 a 65); (ii) *condutas infrativas*: procedimento preparatório e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica (arts. 66 a 68) e processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (arts. 69 a 83). Os arts. 84 (aplicação de medida preventiva), 85 (acordo para cessação de conduta) e 86 (programa de leniência) se aplicam tanto ao inquérito quanto ao processo administrativo; por fim, temos o (iii) *descumprimento das regras formais*: processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais (sem normas específicas expressas no texto legal).

Além de tais regras, a lei é repleta de disposições processuais aplicáveis às espécies em comento. O Regimento Interno do Cade é também fonte rica de regras processuais aplicáveis à tramitação dos diversos tipos de processo.

Aplicam-se, ainda, por expressa disposição do art. 115 da Lei, o Código de Processo Civil, a Lei de Processo Administrativo, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Processo, procedimento e inquérito são termos utilizados pela Lei que merecem comentários, em virtude das implicações que acarretam não apenas para a observância do *Due Process of Law*, mas também para a demonstração da plena aproximação do processo administrativo dos demais ramos do direito, em especial o penal e o civil, hoje infelizmente mais sob a ótica formal.

Em primeiro lugar, cabe observar que a Constituição de 1988, ao falar em “litigantes” do processo administrativo e judicial, ao lado dos acusados, jurisdicionizou o processo administrativo. É o que se chama de fenômeno da processualidade administrativa.

Medauar⁸² leciona que:

⁸² MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993. p. 14-15.

Neste século, a partir do final dos anos 20, entre os administrativistas, e dos anos 40, entre os processualistas, começa a despontar o entendimento no sentido da aceitação de uma processualidade ligada ao exercício dos três principais poderes estatais. Às manifestações episódicas deste período seguiu-se, nas décadas de 50 e 60, um aumento expressivo dos estudos a respeito, culminando, nos anos 70 e 80, numa convergência de processualistas e administrativistas em torno da afirmação do esquema processual relativo aos poderes estatais, sobretudo. Essa postura denota evolução nas concepções de processualistas e administrativistas, tendo como ponto referencial comum os dados do contexto sociopolítico das últimas décadas deste século e a busca de novas chaves metodológicas, adequadas a esse contexto e ao melhor exercício dos poderes estatais que o Direito processual e o Direito administrativo disciplinam.

Di Pietro, doutrinando sobre o conceito de processo administrativo, assevera que o vocábulo “processo” tem o sentido de marcha para a frente, avanço, progresso e significa o instrumento indispensável para o exercício de função administrativa, de tudo que a administração faz, e que pode ser, ou não, guiado por um procedimento específico para alcance de uma decisão final. Contudo, sempre que houver um interesse do particular envolvido na instauração, a instrução e a decisão deverão estar presentes, com todos os requisitos a ela inerentes, em especial os elencados nos princípios da administração. Pondera ela, sobre o uso da nomenclatura processo *versus* procedimento, que alguns autores entendem que processo é termo utilizado apenas para as hipóteses nas quais a administração depara com o dever de decidir interesses do particular, e que o termo “procedimento” ficaria reservado aos casos em que a administração estivesse decidindo aspectos internos de seu expediente, sem nenhuma controvérsia aos interessados. Ela discorda de tal teoria dizendo que se todo ato administrativo depende de adequado instrumento para sua conformação, não há como excluir qualquer expediente do conceito de processo.⁸³

Egon Bockman comenta:

Tradicionalmente, o processo é descrito como instrumento autônomo no mundo do Direito, concebido para regular interações entre pessoas postas em especial relação jurídica: aquela que existe para solucionar conflitos de interesses. [...] o conteúdo específico dessa relação jurídica são direitos, ônus e deveres de natureza processual – não existe relação

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo, Atlas, 2008. p. 591-592.

jurídico-processual que tenha por fundamento autônomo uma hipótese normativa puramente de direito material. [...] assim, o processo não é mais visto na condição de acanhado “adjetivo” do direito material; tampouco realidade demarcada pelos termos “civil” e “penal”. Toda atividade do Estado que desenvolva relação jurídica com particulares, desde que não seja pontual, subsume-se ao conceito de processo. A toda evidência, não se trata de “processos” idênticos – a serem compreendidos e explicados sempre pela mesma lógica. O processo penal, o processo civil, o processo trabalhista e o processo administrativo submetem-se cada qual ao seu próprio regime jurídico. Mas essa constatação não descarta uma compreensão genérica dos princípios comuns (porque ínsitos) a todas essas disciplinas. [...] tal relação jurídica processual se desenvolve justamente através de rito denominado *procedimento*. Trata-se de forma de concretizar o processo – tramitação ou sequência de atos na qual se desenvolve a relação processual.⁸⁴

Quanto ao uso dos termos processo e procedimento, na posição de Dinamarco “nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação seria a presença do contraditório”.⁸⁵ Vai também nessa linha Lucia Valle Figueiredo.⁸⁶ Entretanto, a lei de concorrência conflita com esse conceito, pois embora seja adotado na lei o termo *procedimento*, ela usa o termo *inquérito* para os casos nos quais não exista a instauração de contraditório, reservando para o procedimento a simples verificação de competências da autoridade para tratar do caso.

Nessa linha é o “procedimento preparatório”, que se presta a fazer uma espécie de triagem, pela qual determinado documento é autuado e enviado a uma autoridade competente, para verificação da competência do órgão e investigação dos fatos lá

⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 34- 37.

⁸⁵ DINAMARCO, Candido Rangel apud MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, cit., p. 40.

⁸⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle apud MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, cit., p. 46-47: “justificar-se-ia o uso do termo processo quando estivermos diante dos de segundo grau, como denomina Gianini, quer sejam disciplinares, sancionatórios ou revisivos (quando houver, portanto, ‘litigantes’ ou ‘acusados’). Mais ainda: ‘no nosso texto constitucional, a referência, no artigo 5.º, inciso LV, a processo administrativo seria, apenas e tão somente, às situações em que há controvérsias, em que há sanções ou punições disciplinares – portanto, situações de acusações ou litigância’. Já a palavra ‘procedimento’ aplicar-se-ia unicamente ‘como requisito essencial da atividade administrativa normal da explicitação da competência’. Trata-se do caminho a ser percorrido pela administração a fim de cumprir determinadas formalidades sequenciais para chegar ao ato final”.

existentes. De outra perspectiva, pode-se dizer que o procedimento administrativo (termo utilizado na antiga Lei de Concorrência) ou, agora o preparatório, presta-se a evitar o uso inútil da máquina pública.

O termo procedimento também é utilizado na Lei para o caso dos expedientes que visam a apurar a falta de apresentação de ato de concentração de submissão obrigatória pela Lei. Entendemos ser anacrônica a nomenclatura, se considerado seu uso para a apuração de condutas anticompetitivas de modo preliminar ao processo administrativo, pois apurar a existência de um acordo entre empresas sem que tenha sido notificada previamente a autoridade, como determina a nova lei, nada mais é que supostamente cometer uma infração de cartel, em tese, razão pela qual não parece ter sentido o emprego do termo procedimento em substituição ao inquérito.

O “inquérito”, por sua vez, é usado para nomear o “procedimento investigatório de natureza inquisitorial” na lei, e parece se referir aos atos prévios ao processo administrativo, desde que já apurada a competência da autoridade para constatar a prática anticompetitiva. Nele a lei estatui que não estarão asseguradas as garantias constitucionais inerentes ao litígio administrativo. Assim, em seu art. 66, dita que o inquérito administrativo é o procedimento investigatório de natureza “inquisitorial”, a exemplo do que dispõe a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1995) em seu art. 8.º, § 1.º, quando diz que o Ministério Público poderá instaurar o inquérito civil para apuração de fatos. Nesse sentido, também o art. 69 da Lei de Concorrência, que atribui apenas ao “processo administrativo” a garantia ao contraditório e à ampla defesa.

Constata-se, dessa maneira, que, tal como na atividade criminal, a autoridade administrativa antitruste tem o poder de conduzir inquéritos.

5.5.3 O instituto da Leniência: importante ferramenta para a sanção administrativa ao abuso de poder econômico

O último capítulo do título que trata do processo administrativo na Lei de Defesa da Concorrência traz as disposições do programa de leniência, instrumento de

notória utilidade no combate aos abusos de poder econômico, especialmente condutas colusivas.

A leniência é um dos principais pontos de intersecção entre as sanções administrativa e penal, graças à sua utilização majoritária em casos de cartel, conduta que é sancionada por ambos os ramos, e na qual existirá, mediante a leniência, possibilidade de que uma empresa ou pessoa física fique imune a sanções penais em decorrência de sua colaboração em um processo iniciado no Cade, ou seja, num processo administrativo.

De acordo com o art. 86 da Lei de Defesa da Concorrência, o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordos de leniência, que importarão a suspensão do prazo prescricional para propositura da ação penal contra o infrator e, se cumpridos os requisitos do Acordo, ocorrerá não apenas a extinção da ação punitiva na esfera administrativa ou a redução de um a dois terços das penas aplicáveis,⁸⁷ mas também a extinção da punibilidade na esfera penal.

O acordo de leniência envolve a submissão, perante o Cade, de uma proposta de colaboração com as investigações de um processo administrativo sancionador que resulte na identificação de informações e documentos que comprovem determinada prática e de sujeitos (empresas ou pessoas físicas) envolvidos com ela (resultado útil do processo).

⁸⁷ “Art. 86. [...] § 4.º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II – nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. [...] Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. [...]”

São condições para a submissão do acordo de leniência: (i) que o infrator seja o primeiro a se apresentar ao Cade; (ii) que cesse completamente seu envolvimento da prática; (iii) que o Cade não disponha de provas para condenar o infrator e os envolvidos à época da propositura do acordo; (iv) a empresa confesse sua participação no ilícito e efetivamente coopere, a suas expensas, com a apuração da prática investigada.

5.5.4 Termo de Compromisso de Cessação de Práticas: transação versus aplicação de sanções administrativas

Além do instituto da leniência, a Lei de Defesa da Concorrência traz em seu art. 85⁸⁸ importante ferramenta transacional, ou consensual, que busca mitigar os efeitos do abuso de poder econômico mediante a assunção de compromissos pelo administrado com a administração, que importam em suspensão e, se cumpridos os compromissos, término antecipado do processo administrativo sancionador. Como assevera Forgioni:

⁸⁸ “Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. § 1.º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I – a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. § 2.º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3.º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1.º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei. § 3.º (VETADO). § 4.º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez. § 5.º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. § 6.º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo. § 7.º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração. § 8.º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial. § 9.º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. § 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9.º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. § 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. § 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. § 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos. § 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação. § 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.”

Não são raros os casos em que pairam dúvidas sobre a eventual ilicitude da prática analisada. Ademais, a coleta de provas pode ser longa e dispendiosa para a Administração. À empresa não interessa o desgaste à imagem que decorre do processo investigativo, a necessidade de provisão de eventual multa, despesas com advogados, assessores etc. Os executivos desviam-se de suas atividades administrativas para se preocuparem com elaboração de estratégias de defesa, em detrimento do bom fluxo dos negócios. Sobretudo, há sempre o risco da condenação, ainda mais diante dos amplos termos empregados pela Lei Antitruste e da mutabilidade das decisões ao longo do tempo [...] Nosso compromisso de cessação encontra inspiração no *consent decree* norte-americano, mas lá se exige a efetiva participação do Poder Judiciário.⁸⁹

A Resolução 5, de março de 2013, que emendou o Regimento Interno do Cade, regulamenta o processo de celebração do Termo de Compromisso de Cessação. Vale mencionar que, nos casos de cartéis, tem-se como premissa para a celebração do Termo que o proponente colabore efetivamente com as investigações do processo, numa espécie de pós- leniência. *Verbis*:

Art. 186. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do art. 181, § 4.º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.

Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 186 deste Regimento Interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I – redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta; II – redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta; III – redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que propuserem TCC no âmbito da investigação de uma conduta;

Art. 188. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 182⁹⁰ em investigações de acordo,

⁸⁹ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 149.

⁹⁰ “Art. 182. Na hipótese dos autos do processo administrativo já terem sido remetidos ao Tribunal, nos termos do art. 74 da Lei 12.529, de 2011, o Conselheiro-Relator abrirá o período de negociação e indicará 3 (três) ou mais servidores em exercício no Cade para compor comissão-técnica (‘Comissão de Negociação’), que o auxiliará durante as negociações. § 1.º O período de negociação será de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado pelo Conselheiro-Relator, de ofício ou por solicitação da

combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, levará em consideração o estado do processo administrativo, observado, quando possível de estimação, a redução percentual máxima de 15% da multa esperada ao Representado.

De fato, a Administração moderna vem incorporando mecanismos que possam de certa maneira diminuir os castigos daqueles que se dispuserem a mudar seus hábitos independentemente de uma condenação irrecorrível. Tais mecanismos parecem ser capazes de melhor conciliar a sanção e o interesse público, pelo que se mostram plenamente adequados nos casos de infrações concorrenciais, especialmente se devidamente coordenados com a atuação judicial, paralela ou posterior à celebração do acordo.

Tal coordenação assume especial relevância no caso do Termo de Compromisso de Cessação pela falta de previsão de imunidade criminal aos compromissários.

Muito embora os §§ 5.º e 7.º dos respectivos arts. 179 e 190 do Regimento Interno do Cade estatuem que a manifestação do interesse dos representados em celebrar termo de compromisso de cessação não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo, não existindo nenhum empecilho para a persecução penal dos indivíduos proponentes, há grandes chances de que ocorra, especialmente se efetivamente celebrado o Compromisso.

Passaremos agora a apresentar as linhas gerais da sanção ao abuso de poder econômico na esfera penal, de modo que nos permita completar o quadro geral da sanção ao abuso desse poder. Para tanto, será feita breve incursão na base normativa atual, nas espécies de penalidades previstas, em que aproveitaremos para compará-la

Comissão, por mais 30 (trinta) dias. § 2.º O Conselheiro-Relator poderá, a seu critério, determinar a suspensão do período de negociações para a realização de diligências. § 3.º A Superintendência-Geral, a critério do Conselheiro-Relator, poderá ser consultada sobre a proposta e a celebração do compromisso. § 4.º Após concluído o período de negociação, o Conselheiro-Relator concederá prazo de 10 (dez) dias para o proponente apresentar proposta final de termo de compromisso. § 5.º A proposta final de termo de compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do Tribunal.”

às administrativas. Em seguida, falaremos sobre os meios de prova admitidos, e, por fim, dispensaremos algumas linhas sobre a utilidade da tutela penal em matéria de repressão ao abuso de poder econômico.

5.6 Sanções penais

A sanção penal ao abuso do poder econômico está inserida no bojo do direito penal econômico, que pode ser classificado como o ramo do direito penal que estuda os crimes ocorridos nas relações econômicas ou financeiras.

Para expor o quadro atual da sanção penal ao abuso de poder econômico, dividiremos o tópico da seguinte maneira: (i) aspectos teóricos essenciais, tratando a) do conceito e tipos de sanção penal, b) das diferenças entre os meios de prova admitidos em matéria penal e matéria civil, e c) dos princípios da tipicidade, subsidiariedade e fragmentariedade; (ii) base normativa; (iii) discussões acerca da utilidade e necessidade da tutela penal da repressão do abuso de poder econômico. Nesta última parte, dedicaremos espaço à discussão mais ampla das características e das especificidades do direito penal econômico.

5.6.1 Sanção penal – aspectos teóricos essenciais

Esclarecidos anteriormente os crimes positivados na Lei de Crimes Econômicos, relacionados ao abuso do poder econômico, trataremos de falar sobre os tipos de penas existentes em nosso ordenamento jurídico, previstas no Código Penal, em linha com o art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal.⁹¹

Diz Beccaria que “a verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade”. Tal limite da imposição de penas se relaciona, portanto, diretamente com a estrutura de sua imposição e aplicação. Nesse sentido, toma relevância sua descrição, a permitir interpretação futura acerca de sua necessidade (prevenção geral negativa e

⁹¹ “Art. 5.º [...] XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

positiva), do *non bis in idem* e da unidade jurisdicional, indispensáveis à criação da moldura do direito econômico sancionador.

Em primeiro lugar, sanção é assim conceituada por Aníbal Bruno:⁹² “a privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”, são elas:

– *Penas privativas de liberdade*, consistentes: a) na reclusão e detenção (arts. 33 a 42 do Código Penal); e b) na prisão simples (art. 6.º da Lei de Contravenções Penais);

– *Penas restritivas de direitos*, de natureza alternativa à pena privativa de liberdade, podendo nela serem convertidas em caso de descumprimento injustificado, e que se subdividem em a) prestação pecuniária (art. 45, § 1.º, do Código Penal), que consiste no pagamento de quantia à vítima ou quem lhe faça as vezes de montante em dinheiro com natureza indenizatória; b) prestação inominada (art. 45, § 2.º, do Código Penal), de natureza não pecuniária, substituta da prestação pecuniária mediante anuência do réu); c) perda de bens e valores (art. 45, § 3.º, do Código Penal) sem natureza indenizatória, destinando-se ao Fundo Penitenciário Nacional; d) prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas (art. 46 do Código Penal), consistente na obrigação de executar tarefas gratuitas em benefício da coletividade em hospitais, escolas, orfanatos etc.; e) interdição temporária de direitos (art. 47 do Código Penal) para a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependa de autorização do Poder Público; suspensão da autorização para conduzir veículo ou proibição de frequentar determinados lugares, limitação de fim de semana (art. 48 do Código Penal), mediante a qual o condenado tem a pena privativa de liberdade fixada substituída pela prisão de fim de semana, ficando obrigado a permanecer por cinco horas em casa de albergado;

– *Multa penal* (art. 49 e seguintes do Código Penal), que é a que mais se aproxima das sanções administrativas, estando expressamente prevista como sanção na

⁹² BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. t. 3, p. 22 apud SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 99.

nova redação da Lei de Crimes Econômicos de maneira cumulativa à pena privativa de liberdade. Ela assume relevância especial para o trabalho.

A multa penal pode ser imposta com três finalidades: punição do ilícito penal; aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade e substituição da pena privativa de liberdade, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 44 e 60 do Código Penal e respectivos parágrafos.⁹³ De acordo com a Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça,⁹⁴ quando um dispositivo de lei impõe a pena privativa de liberdade cumulativamente à multa, é vedada a substituição daquela por esta. Este é o caso da nova redação da Lei de Crimes Econômicos no tocante às sanções relacionadas ao abuso de poder econômico.

Paulo Roberto Coimbra Silva⁹⁵ esclarece a polêmica sobre as vantagens da instituição da pena de multa no direito penal, por conta de suas deficiências em termos de equidade, ligadas à capacidade econômica dos sujeitos passivos, o que, segundo ele, “além de frustrar os efeitos almejados pela isonomia, poderia, mercê da abastada condição financeira de potenciais infratores, infirmar sua eficácia intimidativa”. E prossegue afirmando que para sanar tal defeito, alguns autores chegam a propor que a

⁹³ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 1.º (Vetado.) § 2.º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3.º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4.º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5.º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.”

“Art. 60 [...] § 2.º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.”

⁹⁴ Superior Tribunal de Justiça – Súmula 171: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

⁹⁵ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*, cit., p. 101.

individualização da multa seja feita com a mensuração de uma parcela do patrimônio do sujeito, aplicando, ainda que de modo indesejável, um confisco.

Na atual sistemática do Código Penal, a multa é estimada no valor dia-multa, variável entre um trigésimo e cinco vezes o valor do salário mínimo, tendo como patamar mínimo dez vezes o menor dia-multa e patamar máximo regular a trezentos e sessenta vezes o valor do maior dia-multa, o que pode ser aumentado em até dez vezes nas hipóteses previstas, por exemplo, no art. 10 da Lei de Crimes Econômicos.⁹⁶

O pagamento da multa deve ocorrer em até dez dias após o trânsito em julgado da decisão. Não há na Lei de Crimes Econômicos nenhuma previsão de correlação entre a multa paga por uma infração administrativa e a multa penal, ainda que a infração seja a mesma, seja como excludente ou atenuante.

– *Medidas de segurança.* Por fim, e apenas para completar o quadro acima, temos as medidas de segurança, que tratam da internação e do tratamento ambulatorial de sujeito ativo de crime considerado inimputável ou semi-inimputável, ou seja, não era inteiramente ou parcialmente capaz de entender a ilicitude do ato cometido. O sistema brasileiro diferencia penas de medidas de segurança, as primeiras aplicáveis àqueles que cometem crime (fato típico, ilícito e culpável) e estas aplicáveis aos que cometem só fatos típicos e ilícitos, mas não culpáveis, tendo a culpabilidade como pressuposto da pena..

5.6.2 Base normativa

A principal norma penal especial que trata do abuso de poder econômico é a Lei 8.137/1990 (Lei de Crimes Econômicos), que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, além de outras providências. Ela foi recentemente alterada pela nova Lei de Defesa da Concorrência, a Lei 12.529/2011, e é em torno dela que gravita a punibilidade dos crimes considerados como de abuso de poder econômico em sua aceção constitucional.

⁹⁶ Lei de Crimes Econômicos, art. 10: “Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo”.

Podemos citar, ainda, como leis especiais que têm relação com o abuso de poder, a lei de licitações, quando define o crime de cartel nesta modalidade (Lei 8.666/1993), o Código Penal, quando define o crime de associação criminosa em seu art. 288 (Decreto-lei 2.848/1940) e, de modo mediato, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), quando define os crimes contra as relações de consumo e a lei que regula os crimes de concorrência desleal (Lei 9.279/1996).

A Lei de Crimes Econômicos foi editada primariamente para consolidar os diversos ilícitos tributários, que estavam previstos em legislações esparsas, bem como crimes de abuso de poder econômico e contra o sistema financeiro.⁹⁷ A tipificação dos crimes diretamente relacionados ao abuso de poder econômico está nos arts. 4.º a 6.º. Em virtude da recente alteração promovida pela Lei 12.529/2011, ilustraremos a antiga e a nova redação da Lei na tabela a seguir:

⁹⁷ Rodolfo Tigre Maia critica a reunião de temas ocorrida na edição da Lei de Crimes Econômicos com base no quanto determinado na Lei Complementar 95/1998 que diz que excetuadas as codificações, cada lei tratará de um assunto específico, muito embora considere que todos os assuntos tratados possam ser considerados atinentes a uma ordem econômica geral, pois o termo, em sua acepção restrita, não se relaciona com assuntos previdenciários, por exemplo, que são igualmente tratados na Lei (MAIA, Rodolfo Tigre. *O crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, p. 36).

Antiga redação	Nova redação
<p>Art. 4.º Constitui crime contra a ordem econômica:</p> <p>I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:</p> <p>a) ajuste ou acordo de empresas;</p> <p>b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;</p> <p>c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;</p> <p>d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;</p> <p>e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;</p> <p>f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.</p> <p>II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:</p> <p>a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;</p> <p>b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;</p> <p>c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.</p> <p>III – discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;</p> <p>IV – açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;</p> <p>V – provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;</p> <p>VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;</p> <p>VII – elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.</p> <p>VII – elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. (Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994)</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.</p> <p>Art. 5.º Constitui crime da mesma natureza:</p> <p>I – exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;</p> <p>II – subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;</p> <p>III – sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;</p> <p>IV – recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexacto, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.</p> <p>Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.</p> <p>Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.</p> <p>Art. 6.º Constitui crime da mesma natureza:</p> <p>I – vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;</p> <p>II – aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;</p> <p>III – exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.</p>	<p>Art. 4.º Constitui crime contra a ordem econômica:</p> <p>I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;</p> <p>a) (revogada);</p> <p>b) (revogada);</p> <p>c) (revogada);</p> <p>d) (revogada);</p> <p>e) (revogada);</p> <p>f) (revogada);</p> <p>II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:</p> <p>a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;</p> <p>b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;</p> <p>c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.</p> <p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.</p> <p>III – (revogado);</p> <p>IV – (revogado);</p> <p>V – (revogado);</p> <p>VI – (revogado);</p> <p>VII – (revogado).” (NR)</p> <p>Art. 5.º Constitui crime da mesma natureza:</p> <p>I – exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;</p> <p>II – subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;</p> <p>III – sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;</p> <p>IV – recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexacto, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.</p> <p>Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.</p> <p>Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.</p> <p>Art. 6.º Constitui crime da mesma natureza:</p> <p>I – vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;</p> <p>II – aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;</p> <p>III – exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.</p>

Os crimes de abuso de poder econômico são encarados pela doutrina como de perigo concreto, ou seja, aqueles crimes em que o perigo precisa ser comprovado.⁹⁸

E a despeito de apenas em seu inc. I o art. 4.º tratar do tipo crime como um “abuso de poder econômico”, todas as condutas relacionadas nos arts. 4.º a 6.º situam-se no mesmo campo, ou seja, tratam do abuso de poder econômico.

Não há outra conclusão possível se considerarmos que a Constituição e a Lei de Defesa da Concorrência (antes a Lei 8.884/1994 e mais recentemente a Lei 12.529/2011), ao referirem-se aos temas tratados na lei penal, referem-se ao abuso de poder econômico.

As condutas tipificadas como crime na lei penal, por outro lado, não abarcam todas as modalidades de abusos de poder econômico previstas na lei administrativa concorrencial, mas tão somente algumas, como os acordos entre concorrentes (cartel), assim considerado o ajuste ou acordo entre empresas, expresso ou tácito, que, em sua versão pura, gira em torno das variáveis preço, qualidade, quantidade e mercado, segundo Calixto Salomão Filho.⁹⁹

Aliás, a recente Lei de Defesa da Concorrência perdeu a oportunidade de ajustar de maneira harmônica as condutas penais previstas na Lei de Crimes Econômicos aos correspondentes ilícitos competitivos administrativos. Isso porque o inc. I do art. 4.º é muito amplo e permite certa dúvida no enquadramento dos crimes de cartel ao seu texto ou, alternativamente, ao do inciso seguinte.

Para facilitar a comparação entre os diplomas administrativo e penal, cabe transcrever o artigo da Lei de Concorrência, que é simétrico ao da Lei de Crimes Econômicos, no que tange aos acordos entre concorrentes (cartel), bem como elencar os sujeitos e as espécies de punições descritas nas respectivas leis.

⁹⁸ FERRARI, Eduardo Reale; GAMEIRO, João Augusto Prado da Silveira. *O cartel de empresas e seus aspectos criminais*. Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu_joao.pdf>. Acesso em: 7 out. 2012.

⁹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., p. 262, 291 e ss. É importante notar que o autor contrapõe-se à corrente que classifica as práticas verticais como de exclusão de concorrentes, e⁹² não como colusiva.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante. [...]

§ 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Quadro comparativo das penas admitidas para sanção ao abuso de poder econômico em matéria penal e administrativa

	Lei Penal	Lei Administrativa
Restritiva de liberdade	Sim, para pessoa física.	Não.
Restritiva de direitos	Não (pode haver conversão da pena restritiva de liberdade para a pessoa física).	Sim, para pessoa física e jurídica.
Multa	Sim, para a pessoa física.	Sim, para pessoa física e jurídica.

Do quadro anterior, percebe-se a sobreposição de penas de multa à pessoa física e eventualmente das restritivas de direitos, caso o juiz opte pela substituição da pena privativa de liberdade. Isso nos remete à contribuição de Nieto, comentada no tópico 5.4, que fala sobre a complementaridade dos meios de direito penal e administrativo dirigidos a idêntico fim.

Percebe-se, ainda, que muito embora não exista previsão expressa de pena restritiva de liberdade na esfera administrativa, ao tolher-se a empresa de práticas

comerciais, a legislação administrativa está, sim, imputando tal castigo (de restrição da liberdade de iniciativa) à pessoa jurídica.

Nesse sentido, note-se que a própria Lei de Crimes Ambientais, como visto supra, prevê, a título de castigo penal à pessoa jurídica, penas idênticas às de caráter administrativo previstas na Lei 12.529/2011. O quadro abaixo ilustra a comparação:

	Responsabilidade <i>Penal</i> da Pessoa Jurídica Lei 9.605/1998, art. 22, I a III (Lei de Crimes Ambientais)	Responsabilidade <i>Administrativa</i> da Pessoa Jurídica Lei 12.529/2011, art. 38 (Lei de Concorrência)
Penas	<ul style="list-style-type: none">– suspensão parcial ou total de atividades;– interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;– proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.	<ul style="list-style-type: none">– a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;– a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos;– seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;– proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;– a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;– a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;– inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; e qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

O que a comparação reforça é que atualmente já são aplicados, de alguma maneira, na esfera administrativa, castigos restritivos da liberdade de iniciativa empresarial da pessoa jurídica por ilícitos concorrenciais, que goza unicamente da liberdade de iniciativa.

Olhando por outro viés, pode-se entender que a previsão de punição da pessoa jurídica apenas na esfera administrativa corroboraria o entendimento doutrinário e jurisprudencial da impossibilidade de imputação de responsabilidade penal (na lei penal)

às pessoas jurídicas.¹⁰⁰⁻¹⁰¹ Tal entendimento, se considerada a prevalência da condenação, em âmbito administrativo, dessas empresas, complementaria um quadro de sanção complementar entre as esferas administrativas e penais.

¹⁰⁰ “Na dogmática penal a responsabilidade fundamenta-se em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal às pessoas jurídicas, frise-se carecedoras de capacidade de ação, bem como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal” (STJ, REsp 622.724/SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 17.12.2004).

¹⁰¹ Entre os doutrinadores que rejeitam a possibilidade de a pessoa jurídica ter capacidade de pena, aponta-se, ilustrativamente, BENETI, Sidnei A. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: notas diante da primeira condenação na justiça francesa. *RT*, São Paulo: RT, v. 731, set. 1996, p. 471 a 476; BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: RT, 1999. v. 2, p. 51-71; CONSTANTINO, Carlos Ernani. Outros aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Boletim do IBCCrim*, n. 74, jan. 1999, p. 8-9; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 59-60; DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: RT, n. 11, jul.-set. 1995, p. 184-207; FONSECA, Luiz Vidal da. Ainda sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. *RT*, São Paulo: RT, v. 784, fev. 2001, p. 497-505; LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001. p. 79-101; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim do IBCCrim*, n. 65, abr. 1998, p. 6; MORAES, Rodrigo Iennaco de. Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. *RT*, São Paulo: RT, v. 813, jul. 2003, p. 447-472; PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 35-45 e *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT, 2005. p. 159-171; REALE JÚNIOR, Miguel. A Lei de Crimes Ambientais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 345, p. 122-127; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: direito penal na contramão da história. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: RT, 1999. v. 2, 95-103; FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 732-741; CAZETTA, Ubiratan. O dano ambiental e o processo penal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 15, jul.-set. 1999, p. 56-60; RIOS, Rodrigo Sánchez. Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos, p. 181-197. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 27, jul.-set. 2002, p. 70-126, entre outros; SALES, Sheila Jorge Salim de. Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no Direito Penal moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 197-213. Em sentido diverso, alguns doutrinadores brasileiros que entendem que a pessoa jurídica tem capacidade de pena, têm-se: ALBUQUERQUE, José Ramon Simons Tavares de. Mais um enfoque sobre a responsabilidade penal de pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, n. 10, abr.-jun. 1998, p. 102-105; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Pessoa jurídica: ação penal e processo na Lei Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 12, out.-dez. 1998, p. 106-124; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. A lei brasileira de crimes ambientais. *Informativo Semanal ADV/COAD*, n. 22, 1998, p. 326-324; BRANCO, Fernando Castelo. *A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52-70; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro et alii. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 32-68; FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 10, abr.-jun. 1998, p. 21-25; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das

Ou seja, caberia ao Cade sancionar as empresas e, ainda que imponha alguma multa às pessoas físicas que atuarem com dolo, a pena de prisão (encarceramento) e multa penal lhe seria complementar.

O fato é que tal quadro pode ser alterado. O Projeto de Lei do Senado 236/2012, de reforma do Código Penal, discute a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica. Ao prevê-la, torna as sanções de natureza obrigacional praticamente idênticas às previstas na esfera administrativa.

Reza o referido Projeto de Lei:¹⁰²

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal

peças jurídicas de direito público na Lei 9.605/98. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 25, jan.-mar.1999, p. 124-141; FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 61-71; GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Informativo INCIJUR*, n. 1, ago. 1999; MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, p. 663-672; MARQUES, José Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 22, abr.-jun. 2001, p. 100-113; MILARÉ, Édís. A nova tutela penal do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 16, out.-dez. 1998, p. 90-134; MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; ZAGO, Andréa Steuer. Crimes ambientais – A nova responsabilidade da empresa. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 12, out.-dez. 1998, p. 100-105; PIERANGELI, José Henrique. Maus-tratos contra animais. *RT*, São Paulo: RT, v. 765, jul. 1999, p. 481-498; RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 25, jan.-mar. 2002, p. 95-107; RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a nova Lei dos Crimes Ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 12, out.-dez. 1998, p. 84-93; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 27, jul.-set. 2002, p. 70-126; ROTHENBURG, Walter Claudius. Considerações de ordem prática a respeito da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: RT, 1999. v. 2, p. 143-159; SANTOS, Marcos André Couto. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público por dano ambiental – Uma análise crítica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 24, out.-dez. 2001, p. 117-143; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: RT, 1999. v. 2, p. 104-130; SHECAIRA, Sergio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: RT, n. 65, abr. 1998, p. 3; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente – Breves considerações atinentes a Lei 9.605, de 12.02.1998*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 53-75, entre outros. Apud HAMMERSCHMIDT, Denise. *Sanção penal e pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais brasileira: algumas considerações*. Disponível em: <http://www.enm.org.br/?secao=mostra_biblioteca& bib_id=47&top=6>, último acesso em: 20 out. 2013.

¹⁰² Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>, ultimo acesso em: 7 out. 2013.

ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1.º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2.º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3.º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Penas das pessoas jurídicas

Art. 42. Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição. A pena de prisão será substituída pelas seguintes, cumulativa ou alternativamente:

I – multa;

II – restritivas de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade; IV – perda de bens e valores.

Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

Art. 43. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são, cumulativa ou alternativamente:

I – suspensão parcial ou total de atividades;

II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação ou celebrar qualquer outro contrato com a Administração Pública Federal,

Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta;

IV – proibição de obter subsídios, subvenções ou doações do Poder Público, pelo prazo de um a cinco anos, bem como o cancelamento, no todo ou em parte, dos já concedidos;

V – proibição a que seja concedido parcelamento de tributos, pelo prazo de um a cinco anos.

§ 1.º A suspensão de atividades será aplicada pelo período máximo de um ano, que pode ser renovado se persistirem as razões que o motivaram, quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do bem jurídico violado.

§ 2.º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3.º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações será aplicada pelo prazo de dois a cinco anos, se a pena do crime não exceder cinco anos; e de dois a dez anos, se exceder.

Art. 44. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I – custeio de programas sociais e de projetos ambientais;

II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III – manutenção de espaços públicos; ou

IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, bem como a relacionadas à defesa da ordem socioeconômica.

§ 1.º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2.º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física

Se tal projeto for adiante, não apenas pelas discussões doutrinárias acerca da impossibilidade de responsabilidade penal para a pessoa jurídica, poderá resultar em um *bis in idem* pela coincidência *numerus clausus* das medidas aplicadas em ambas as esferas, administrativa e penal, às mesmas condutas.

5.7 Dos meios de prova admitidos (exclusivamente) em matéria de sanção penal

Os meios de prova admitidos exclusivamente para a persecução penal têm estreita relação com os direitos e garantias fundamentais do direito à intimidade e privacidade (art. 5.º, X), da inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI); do sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas, de dados e telegráficas (art. 5.º, XII); e do sigilo profissional (art. 5.º, XIII e XIV).

As interceptações e gravações que serão utilizadas em investigações criminais ou instrução processual penal podem ser ambientais ou telefônicas (e seus sucedâneos). Estão elas regulamentadas, respectivamente, nas Leis 9.034/1995 e 9.296/1996 e são admitidas, por respeito à Constituição, apenas para fins penais, em virtude da chamada *reserva legal qualificada*.

Vale mencionar as hipóteses tratadas no art. 2.º da Lei 9.296/1996, nas quais não se admite a interceptação telefônica, sequer para fins criminais quando: (i) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (ii) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; (iii) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Gilmar Mendes nos explica que o legislador exige a presença de elementos associados à viabilidade de um provimento cautelar

(probabilidade de infração criminal e da autoria, *fumus boni iuris*) e perigo de perda da prova sem a interceptação.¹⁰³

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o tema: EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5.º, inc. XII, da CF, e do art. 1.º da Lei federal n.º 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.

Outra prova apenas admitida para fins persecutórios penais é a busca e apreensão domiciliar (assim entendido não apenas como a residência, mas também escritórios e estabelecimentos) *sem o consentimento do morador, ou à noite*, porém sempre mediante ordem judicial. Ela se dá em consonância com o art. 240 do Código de Processo Penal, e por comando do citado art. 5.º, XI, e sempre mediante fundamentação do Juiz em seu deferimento.

Por outro lado, a busca e apreensão em horário regular é admitida na esfera administrativa, como também é admitida a obtenção de cópia do inquérito policial, o que significa que, na prática, o material objeto da busca e apreensão feita para fins criminais pode ser utilizado na esfera administrativa (Lei 12.529/2011):

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o

¹⁰³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 602.

disposto no art. 839 e seguintes da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal; [...] f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem.

De todo modo, hoje se admite que provas obtidas por tais meios são passíveis de utilização em outras esferas, por via do instituto da prova emprestada. Mas essa utilização é rechaçada quando se trata de tergiversar o comando constitucional, obtendo-se tais provas pela via penal para subsidiar outras espécies de processos não criminais.

Na lição de Grinover:

Não se dá solução – e difícil seria, convenhamos, que a lei o fizesse – a questões inerentes às relações interjurisdicionais, que decorrem da impossibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas no campo não penal [...] Mas dificuldades desse tipo podem surgir nos casos em que for admissível a prova emprestada. É que, observado o requisito de a pessoa contra quem se pretenda aproveitar a prova, produzida em processo anterior, ter participado deste processo como sujeito do contraditório, a transferência é, em regra, possível. Suponha-se, então, que, num processo civil, alguém invoque prova produzida em processo penal anterior, entre as mesmas partes (v.g., vítima e acusado, ou Ministério Público e acusado), resultado de interceptação telefônica lícita. Será o caso, por exemplo, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade (Lei n. 8.429, de 2.06.92). Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não penal? A questão não é de fácil deslinde. Pode-se concordar, em linha de princípio, com a posição sugerida por Barbosa Moreira. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional⁵. Mais uma vez, prevaleceria aqui a lógica do razoável. Mas cautelas deverão ser tomadas, no juízo de admissibilidade, quanto à possibilidade de o processo penal ter sido intentado exatamente com o intuito de legitimar prova que seria ilícita

no juízo civil, com o que se teria a vulneração oblíqua à vedação constitucional.¹⁰⁴

5.8 Discussões acerca da utilidade e necessidade da sanção penal

O direito penal moderno, como consequência do dirigismo constitucional vigente, passou a punir também condutas que não ofendem bens jurídicos “tradicionais”, como os bens jurídicos individuais, diretamente inerentes à personalidade humana.¹⁰⁵ Os fenômenos coletivos tratados na esfera do direito penal econômico, diz Jorge de Figueiredo Dias,¹⁰⁶ relacionam-se, diferentemente, com a atuação da personalidade humana como fenômeno social, ou seja, aos direitos coletivos.

Tais alterações provocam reflexões acerca da adequação e da serventia do direito penal para prevenção e repressão dos ilícitos dessa natureza, econômica, e da necessidade de autonomização do direito penal econômico em relação ao chamado direito penal clássico.

Essa discussão é potencializada pelas teorias que ganham força sobre a adequação e legitimidade da criminalização de condutas não relacionadas a direitos fundamentais, as teorias do direito penal mínimo, que têm como contraposição, em sua máxima interpretação, a chamada teoria do espelho:

Dizer que o Direito Penal constitui um potencial espelho da Constituição significa que todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 3 maio 2012.

¹⁰⁵ Luís Greco defende não serem os bens jurídicos coletivos inovação no Ordenamento: “Bens jurídicos coletivos não são uma novidade no direito penal. Eles não foram introduzidos com o moderno direito penal ambiental e econômico. Os crimes de falsidade de moeda e de corrupção, existentes em toda e qualquer legislação penal desde tempos esquecidos, tutelam bens jurídicos coletivos, e nada há de errado com isso. O problema dos bens jurídicos coletivos não está em referi-los a indivíduos, e sim, como veremos abaixo, em distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de meras retificações de bens jurídicos individuais”. GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89, jul. 2004. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, v. 1, p. 355. out. 2010 DTR\2004\892

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Aplicação das penas em direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.).

Temas de direito penal econômico. São Paulo: RT, p. 122.

valores constitucionais. [...] Na obra *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Francesco Angioni trabalha, durante todo o tempo, com o princípio de proporcionalidade, alegando que, se o bem ferido pela sanção penal tem relevância constitucional (liberdade), o bem cuja lesão dá ensejo à intervenção penal também deveria gozar de tal relevância¹⁰⁷ [...] No Brasil, pode-se dizer que Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, apesar de não tratarem especificamente da matéria atinente ao bem jurídico penal, mostram-se partidários da Teoria do espelho.

Por outro lado, a concepção do Direito Penal como instrumento de tutela a direitos fundamentais determina como objetiv do direito penal a limitação do poder punitivo estatal, sendo que a Constituição, ao instituir o princípio da legalidade, exerce uma limitação positiva nos bens jurídicos que podem ser tutelados criminalmente, pois se assim não fosse, ao menos em tese, todos os direitos que podem ser alçados no âmbito constitucional poderiam ser criminalizados (por exemplo, o fato de um trabalhador ser obrigado a trabalhar por mais de 8 horas). Sendo assim, conclui ser inexorável o respeito aos princípios da subsidiariedade, a mínima intervenção, a fragmentariedade e lesividade, ainda que no âmbito do Estado Social.¹⁰⁸

O que se denota de comum em ambas as dúvidas expostas é sua origem na constatação de possível incompatibilidade das razões de punir no direito penal clássico com as razões de punir derivadas, como é nosso exemplo, das leis de crimes econômicos. No modelo clássico, cabe ao direito penal proteger valores ligados às garantias fundamentais dos indivíduos, uma ordem negativa de intrusão nas liberdades individuais, enquanto no direito penal econômico se tutelariam os direitos e garantias que apenas mediatamente refletem nos indivíduos.¹⁰⁹

Isso põe em xeque a concepção do instrumento penal como instrumento de tutela exclusiva de bens jurídicos individuais. É que o direito penal econômico procura tutelar primariamente um aspecto da ordem social que será afetado pela conduta de

¹⁰⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003. p. 61-63.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁹ Alguns autores divergem de tal posição, tal como Luís Greco, com o exemplo do crime de corrupção ou falso testemunho que protegem bens jurídicos coletivos e sempre fizeram parte do chamado “direito penal clássico”.

uma pessoas atuando em âmbito de empresa, que é o “veículo” estrutural por meio do qual se dão as práticas de mercado, no âmbito das quais atuam um ou mais indivíduos.¹¹⁰

De outro ângulo, a finalidade primária e irrenunciável da pena em um Estado de Direito Democrático, diz também Jorge de Figueiredo Dias,¹¹¹ deve ser a conservação ou o reforço da norma violada pelo crime, como modelo de orientação do comportamento das pessoas na interação social, mas tão somente quando outra hipótese de sanção eficaz não restar. Isto poderia ser somado à análise do tema sob a ótica dos já consagrados princípios da significância, subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, como ilustra Rodolfo Tigre Maia:¹¹²

à norma jurídico-penal não cabe criar os relevantes bens comunitários que protege (eles, na verdade, preexistem àquela), senão que subsidiariamente tutelá-los (dignidade penal) contra determinadas condutas que são gravosas (princípio da ofensividade ou da lesividade) a ponto de justificar a infligência de uma pena (merecimento penal), por inexistirem outros remédios jurídicos capazes de propiciar esta mesma proteção.

Cesare Beccaria, por sua vez, afirma:

O rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna

¹¹⁰ Essa mudança de foco, do indivíduo singular para sua atuação dentro do âmbito da empresa, coloca certos problemas para a teoria geral do delito, como destaca Figueiredo Dias: A neutralidade ou irrelevância axiológica das condutas proibidas pelo direito penal econômico não permite que se fale, com sentido, de uma culpa que haverá de acarretar sempre, como atrás assinalei, um elemento ético-pessoal de censura: que não é possível falar de culpa relativamente à prática – que legalmente cada vez mais se reconhece e que nosso direito futuro amplamente aceitará – de infracções por pessoas coletivas; que, de todo modo, existem dificuldades gravíssimas (e muitas vezes inultrapassáveis) de comprovar judicialmente a culpa neste domínio [...] Mas esses argumentos, qualquer que seja o seu peso real, me parecem insuficientes para justificar a conclusão que deles se pretende retirar: a de que no direito penal econômico a condenação deve ter lugar, sempre ou mais das vezes, independentemente de culpa, ou em função da simples censura objectiva do facto” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Aplicação das penas em direito penal econômico*, cit., p. 122).

¹¹¹ Idem, *ibidem*.

¹¹² MAIA, Rodolfo Tigre. *O crime de formação de cartel*, cit., p. 41.

mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas.¹¹³

Portanto, cabe trazer à discussão se existe finalidade e proporcionalidade na persecução penal dos crimes econômicos. A conclusão inicial a que se chega, levando em conta (i) razões de política criminal, especialmente na comparação e ponderação entre o impacto das liberdades imediatamente individuais protegidas pelo direito penal clássico com as mediamente individuais (direitos coletivos) e, cumulativamente, (ii) razões de proporcionalidade, ou seja, a necessidade da aplicação de penas privativas de liberdade para prevenção da ocorrência de lesões à ordem econômica (porque as demais penas podem ser aplicadas pela via administrativa) é afirmativa, porém, com as ressalvas de se tratar o ordenamento de maneira única, extirpando a atual separação entre a atividade sancionatória penal e administrativa, que culmina em inúmeras incongruências, tanto sob a ótica material como processual como observando-se o princípio da *subsidiariedade*.

Nas palavras de Greco:¹¹⁴

O conceito de bem jurídico teria alguma função ao lado do conjunto de valores constitucionais? Não se poderia dizer que o fim do direito penal é proteger valores constitucionais, sem precisar propor um novo termo, tornando sem razão de ser as intermináveis discussões a seu respeito? Parece-me que grande parte dos defensores do conceito de bem jurídico, especialmente entre nós, o utiliza como sinônimo desta descrição "valor acolhido ou não vedado pela Constituição", apesar de isso fazer do conceito algo dispensável. Não seria, portanto, mais adequado renunciar ao conceito de bem jurídico, falar unicamente em tutela de valores constitucionais, e com isso simplificar consideravelmente a teoria geral do direito penal? Creio que a resposta deve recair em sentido negativo, porque o bem jurídico-penal, apesar de ter de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal. A nossa Constituição protege até mesmo os

¹¹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, cit., p. 39.

¹¹⁴ GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89, 2004.

interesses do Colégio Pedro II, ao qual dedica dispositivo próprio, em que declara: "O Colégio Pedro II, localizado na Cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal" (art. 242, § 2.º). É necessário, muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que se possa justificar a gravidade da sanção que a sua violação em regra acarreta. Daí por que precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais.

Apenas um parêntese antes de discorrer sobre as razões da afirmação da existência de um direito penal econômico: permito-me não considerar sua necessidade baseada em razões de ordem processual garantística. Isso porque se alguma dúvida pairava a respeito da aplicação dos princípios do contraditório e da defesa aos processos administrativos, a Constituição Federal tratou de extirpá-las com seu art. 5.º, LV.¹¹⁵ Capítulo à parte será reservado para o elenco dos princípios e garantias em matéria de direito econômico, seja na esfera penal ou administrativa.

Também não se pode fazê-lo baseado em aspectos como os prazos mais estreitos para conclusão de processos e inquéritos, ou mesmo às possibilidades mais amplas de obtenção de provas na via penal. Entendo que considerar tais aspectos é subverter causas e conseqüências, meios com fins, ou cometer erros em virtude de outros erros, no caso da celeridade. Isso representaria um nítido desvirtuamento do direito penal.

Se o uso de tais meios for essencial às sanções, é necessário estender tais garantias ao processo administrativo, tal como se fez em relação ao contraditório e à ampla defesa, e não simplesmente criminalizar uma conduta exclusivamente por conta dos meios de prova.

Pois bem. Voltando às razões da existência de um direito penal do abuso de poder econômico, parece, no entanto, incontestável que razões de política criminal existem para que se considere que uma prática que afeta direitos coletivos seja tão ou mais danosa que uma conduta individual. A extração de bem-estar e renda com um

¹¹⁵ “Art. 5.º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

cartel alcança certamente um sem-número de pessoas da coletividade e merece uma proporcional punição.

Jorge de Figueiredo Dias remete a escolha da pena aplicável – se o juiz deve considerar prisão ou simples multa – à decisão de adequada retribuição e da prevenção geral positiva. Assevera que a pena de prisão deve ser considerada na maioria dos casos mais eficaz que a pena de multa.

A pena de prisão, nos crimes de poder econômico, seria, senão a única, a melhor maneira de realizar a prevenção da prática da conduta, menos por razões de recuperação e reinserção do delinquente na sociedade e mais por razões do que se chama de *self-image* e de inutilidade da multa, que é geralmente prevista e amortizada pela empresa ao longo da prática delituosa. Atente-se para o fato de que a nova redação da Lei de Crimes Econômicos prevê a imposição de pena de prisão cumulada com multa, o que será objeto de nossas futuras críticas, em capítulo próprio.

Por estas razões, também o requisito contra as penas curtas de prisão perde aqui muita de sua força. Não é que – anoto-o para evitar incompreensões – eu advogue – como às vezes outros pretendem – o *sharp- short-shock* da pena curta de prisão contra todos os delinquentes de elevado estatuto socioeconômico: o que aqui está em questão não é – ou não tanto, o estatuto pessoal do agente, mas a natureza da infração que praticou. Não será aceitável, por exemplo, que o Juiz aplique uma pena curta de prisão ao responsável de um pequeno acidente de viação só porque é um *white collar*, quando ao *blue collar*, nas mesmas circunstâncias, aplicaria uma pena de multa. Mas já se pode compreender uma tal diferença de tratamento se, em vez de um acidente de viação se tratar, por exemplo, da fraudulenta e ainda que pequena degradação da qualidade de um produto alimentar ou um medicamento. Até porque se conhece a facilidade com que a multa é integrada no cálculo dos potenciais delinquentes, de modo a que os ganhos com o crime excedam os custos da pena ou os efeitos desta se repercutam sobre os operadores econômicos situados a jusante e, em definitivo, sobre os consumidores.¹¹⁶

Ou ainda, como esclarece Bernd Schünemann, citado por Rodolfo Tigre Maia:

A substituição das penas curtas privativas de liberdade por penas pecuniárias, que é habitual desde a reforma penal, conduziria aqui,

¹¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Aplicação das penas em direito penal econômico*, cit., p. 132.

frente a um círculo de autores que dispõe de volumosas reservas e, em caso de necessidade, podem ser respaldados pelo caixa da empresa, a um decisivo debilitamento do efeito preventivo.¹¹⁷

Conclui-se, portanto, que as infrações à Ordem Econômica (i) não podem prescindir de alguma tutela penal, que, entretanto, (ii) deverá ser restrita ao mínimo necessário à harmonia do ordenamento e da consecução dos objetivos inerentes a esse ramo (atuação subsidiária), como se verá adiante, quando se tratar das técnicas legislativas e da importância de um direito econômico sancionador.

Vale registrar desde já, entretanto, que, para a organização do sistema de sanção dos ilícitos, é necessário que, tal como ocorre nos crimes tributários, sejam as normas de direito penal secundariamente aplicadas, este é, de fato, um direito penal secundário, ou seja, após a devida apuração dos ilícitos, para a harmonização do sistema punitivo das condutas relevantes à concretização do direito econômico e para uma maior “ética da pena”. É o que passamos a discutir no capítulo final desta dissertação.

¹¹⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *O crime de formação de cartel*, cit, p. 207, nota 207.

SANÇÃO DOS ILÍCITOS ECONÔMICO-TRIBUTÁRIOS E A COORDENAÇÃO DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL

Além dos delitos de natureza concorrencial, a Lei 8.137/1990 tipifica outros delitos econômicos, entre eles os de natureza tributária.

Para além da simples regulamentação de delitos de natureza concorrencial e tributária na mesma lei, outros fatores permitem um estudo comparativo do tratamento dado pelo Judiciário à questão da coordenação entre a sanção administrativa e penal, como o fato de que (i) ambos têm a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos; (ii) a existência de colegiados julgadores de ambas as matérias na esfera administrativa; e (iii) a legitimação para a propositura de ação penal pelo *Parquet*.

O Sistema Tributário Nacional é regido pela Constituição, pelo Código Tributário Nacional e por leis esparsas, e em especial nos interessa a Lei 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem econômico-tributária.

Referida lei tipifica em seus primeiros artigos a supressão ou a redução de tributo, contribuição social e qualquer acessório, mediante omissão de informação, fraude à fiscalização tributária e falsificação, alteração ou não fornecimento de documentos fiscais, entre outros, como crime punível com reclusão de dois a cinco anos e multa. A mesma lei tipifica como crime passível de detenção de seis meses a dois anos e multa a declaração falsa ou a omissão de rendas, bens ou fatos e outros modos de sonegação de tributos, como a não aplicação de incentivos fiscais conforme determinado pelo governo e a utilização de programas fraudulentos de processamento de dados, entre outros.¹¹⁸

¹¹⁸ “Capítulo I – Dos Crimes Contra a Ordem Tributária – Seção I – Dos crimes praticados por particulares. Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei n. 9.964, de 10.4.2000) I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou

Já o Código Tributário Nacional, Lei Complementar que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis às atividades da União, dos Estados e dos Municípios, determina em seu art. 142 competir

privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Grandes discussões se deram em torno da independência ou interdependência das sanções administrativas e penais na esfera tributária.

Podem existir processos administrativos e penais paralelos tratando de uma mesma conduta, ou devem eles ser encadeados, sucessivos um ao outro? Existem limites à atuação do Judiciário pela atividade administrativa tributária, exercida no âmbito do Executivo? A tipicidade do crime econômico-tributário e a justa causa para uma ação penal dependem da conclusão de um processo administrativo?

qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei n. 9.964, de 10.4.2000) I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Essas questões foram recentemente colocadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que, depois de uma longa discussão, que se iniciou em 2005¹¹⁹ e durou até 2009, acabou por editar a Súmula Vinculante 24.

A despeito de a esfera tributária contar com um quadro normativo próprio, vale transcrever algumas das razões de decidir da Corte Constitucional contidas na Proposta de Súmula Vinculante 24,¹²⁰ a fim de identificar parâmetros exegéticos constitucionais que possam auxiliar nas conclusões do trabalho. *Verbis*:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – [...] segui meditando, refletindo sobre a tese da não interdependência, mas da independência dos dois processos: o de natureza administrativa e o de natureza jurisdicional. É fato que me debrucei seguidas vezes sobre o inciso LV, do artigo 5.º, da Constituição que diz o seguinte: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. Cheguei à conclusão de que, de fato, aqui a Constituição autonomiza os dois processos. Assim como no processo judicial nós temos uma sequência de atos chamados de fases, de atos preordenados à produção de uma sentença, de uma decisão final, seja monocrática, seja colegiada, uma decisão final que seja, na linguagem de Pietro Virga, central e conclusiva, uma síntese de tudo, também no processo administrativo a vontade estatal somente se forma mediante a observância desses atos que são verdadeiras fases. De maneira que o litigante, em processo administrativo, tem o direito de usar de todos os meios e recursos para ver o processo administrativo chegar àquela fase de prolação do ato central e conclusivo, na linguagem de Pietro Virga, exatamente como se dá em processo judicial. Depois procurei na própria Constituição, ainda uma vez, a existência, uma referência que fosse, a um processo administrativo fiscal. Será que a Constituição fala de jurisdição fiscal a exigir, portanto, que em matéria tributária, o estado somente produza a sua decisão por modo processualizado? Vale dizer, a formação da vontade decisória do Estado, em matéria tributária, há de observar um processo administrativo em que se assegure ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, sempre na perspectiva da produção desse ato central e conclusivo. E encontrei: no inciso XVIII do artigo 37¹²¹ a Constituição fala de jurisdição fiscal. Usa o substantivo “jurisdição” textualmente, estabelecendo até precedência para os setores fazendários.

¹¹⁹ Precedentes citados na PSV 29: HC 81611, *DJ* 13.05.2005; HC 85185, *DJ* 01.09.2006, HC 86120, *DJ* 26.08.2005; HC 83353, *DJ* 16.12.2005; HC 85463, *DJ* 10.02.2006; HC 85428, *DJ* 10.06.2005.

¹²⁰ Supremo Tribunal Federal, Pleno, 02.12.2009.

¹²¹ “LV – aos litigantes, em processo judicial art. 37, XVIII: XVIII – a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei.”

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – Inclusive, Ministro Britto, desculpe-me interrompê-lo, existem os Conselhos de Contribuintes no âmbito da Administração Federal; existem, nos estados os chamados TIT (Tribunal de Impostos e Taxas), que julgam mais valores, inclusive, do que aqueles que são levados ao Poder Judiciário Federal.

O SENHOR INISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Lembro-me de que o Ministro Pertence, quando trouxe o seu voto colocou essa questão, inclusive, da suspensão da prescrição, deu vários exemplos de decisões dos conselhos de contribuintes ou desses tribunais administrativos que acabavam por elidir, por completo, qualquer possibilidade de lançamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Então, em suma, passei a não mais ressaltar os meus votos, convencido que fiquei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – As discussões me levam a uma conclusão: a matéria não está pacificada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Então, para mim, eu fiquei pacificado, no meu entendimento, de que, de fato, sem o lançamento não se pode concluir pela tipicidade penal tributária. Não se pode. Até porque seria um processo jurisdicional atropelar o processo administrativo que ainda está no meio do caminho. Ou seja, o administrado contribuinte tem o direito de ver o seu processo administrativo fiscal chegar ao fim. Esse processo não pode ser abortado pelo jurisdicional paralelo. As das instancias, a administrativa e a jurisdicional, em matéria fiscal, são realmente apartadas por desígnio constitucional, que fala de jurisdição fiscal no âmbito da administração e a vontade decisória do Estado, no sentido de cobrar tributo de alguém, é necessariamente processualizada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Se V. Exa. me permite,

relembrando o que eu já havia anotado, estado não pode cobrar administrativo ou judicialmente na via cível. Como é que pode exigi-lo na via criminal, mediante uma pretensão punitiva?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Então, Sr. Presidente, cheguei à conclusão, enfim, de que não há interdependência, há autonomia do processo jurisdicional em matéria tributária, *como em outras matérias. Mas, no caso da matéria tributária, me parece que não há interdependência. É preciso deixar que o processo administrativo tributário chegue ao seu termino que é um direito do contribuinte levar os meios e recursos que fala o inciso LV do art. 5.º da Constituição às últimas consequências, sob pena de se transformar uma ampla defesa numa curta defesa.*

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Ministro Britto, há quatro Ministros hoje, na atual composição, que não participaram das discussões. V. Exa. há de se lembrar muito bem de uma acalorada discussão que houve aqui sobre a questão da prescrição. Lembro-me bem de o Ministro Peluso dizer, sustentar que a prescrição sequer começa a fluir.

Pois bem, esse aspecto consta dos precedentes. Eu tenho alguns precedentes em que faço constar exatamente isso. Essa é a questão. Se nada dissermos sobre isso, nós estaremos semeando a dúvida nos escalões inferiores da Justiça.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Lei 8.137/90 –

somente para rememorar – não versa apenas sobre o tipo da sonegação. Tem-se, no inciso I, por exemplo, ser crime omitir informação. Indago: exige-se, quanto à persecução criminal, processo administrativo para se definir se está configurado ou não esse tipo? [...] E poderia prosseguir, mencionando o artigo 2.º. Presidente, sei que estamos numa fase de pragmatismo maior, de tentar-se chegar a resultado que implique celeridade judiciária, mas somente se avança culturalmente levando-se em conta a segurança jurídica. E verbete com essa natureza, com o efeito de aditar norma penal e exigir elemento que não compõe a configuração de crimes, de crimes tributários, é passo demasiadamente largo. Repito, uma vez editado o verbete, a tendência será observá-lo para liquidar-se, em poucas linhas, muitos processos em curso. [...] *Nem mesmo o legislador pode criar uma fase administrativa, porquanto as fases administrativas que devem anteceder* o ingresso em juízo, mitigando a norma do artigo 5.º, inciso XXXV,¹²² estão previstas, de forma exaustiva, na Carta de 1988, ao contrário do que ocorria na Carta de 1967, que remetia a estipulação de casos ao legislador. Mas o Supremo pode ir além. Sabem por quê? Porque acima dele não há órgão para corrigir as respectivas decisões.

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu e aprovou a proposta de edição da Súmula Vinculante n.º 24, nos seguintes termos: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”. Vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo Ministério Público Federal a Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, Vice-Procuradora Geral da República. Plenário, 02.12.2009 (sublinhamos).

Do exposto pelos eminentes Ministros da Corte Suprema, extrai-se haver uma grande celeuma interpretativa da Constituição no que diz respeito à eventual limitação do exercício dos princípios constitucionais contidos no art. 5.º, XXXV e LV, derivada de subordinação (ou não) do exercício da atividade jurisdicional penal à atividade jurisdicional da administração pública, à qual a Constituição de 1988 deve garantir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pelos administrados.

Dois pontos de maior concretude decorrem de tal discussão, são eles: (i) devem ser inter-relacionados o processo administrativo e o processo penal e (ii) caso negativo, fica suspensa a prescrição da sanção dos ilícitos econômicos tipificados tanto na lei administrativa quanto na lei penal, quando uma das esferas iniciar investigação?

¹²² “Art. 5.º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

A discussão tributária apresenta respostas próprias a tais perguntas, devido às premissas aplicáveis oriundas de regras tributárias. Nesse sentido, deve ser mencionado o ato administrativo de lançamento, bem como a expressa previsão de que a autoridade tributária tem competência privativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento.

A despeito de tais premissas serem próprias da esfera tributária, e muito embora encontrem previsões parcialmente análogas no direito concorrencial,¹²³ vale, por ora, fixar o entendimento dos Ministros em relação à ausência de tipicidade do crime tributário previsto (apenas) no art. 1.º da Lei 8.137/1990 antes que ocorra um lançamento administrativo, e a existência de discussão sobre a suspensão da prescrição proposta pelo Ministro Joaquim Barbosa, não levada adiante provavelmente por razão de a súmula determinar que nem sequer existe o crime antes do lançamento.

Fixemos, por fim, que a aludida referência da Súmula 24 apenas a tão somente o crime de supressão ou redução de tributo (art. 1.º da Lei de Crimes Econômicos) demonstra que o Supremo se ateve, na Súmula, apenas ao tipo penal que trata de supressão ou redução de tributo, considerado crime de resultado, que, por expressa delegação de competência no art. 142 do Código Tributário Nacional, deve ser objeto de lançamento de ofício pela autoridade administrativa.

Amplo debate existe quanto à natureza do crime do art. 2.º da Lei 8.137/1990, se seria igualmente um crime de resultado ou se um crime de mera conduta. Tal discussão levou a Corte Constitucional à discussão quanto à necessidade de se aguardar o lançamento para o intento da ação penal.¹²⁴⁻¹²⁵

Ontologicamente inexistente diferenciação entre a sanção penal tributária e aquela oriunda da condenação em um processo administrativo. Muitas

¹²³ A decisão irrecurável do Cade poderia ser tida como um lançamento, e a natureza judicante do Cade poderia ser considerada função jurisdicional do Órgão.

¹²⁴ Vide Inquérito 1.636-5, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 09.12.2005.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes tributários*: Súmula Vinculante 24 do STF exige exaurimento da via administrativa. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>, último acesso em: 7 out. 2013.

vezes, inclusive, ambas sanções (penal tributária e administrativa tributária) são idênticas. Havendo pronunciamento favorável ao contribuinte, restaria sem objeto a ação penal, pois se não se vislumbra o mínimo (que é o ilícito tributário) não se pode chegar à situação mais gravosa (consubstanciada pelo ilícito penal tributário). Não há dúvida que ocorrendo tal hipótese o processo penal deverá ser trancado, pois estaria o agente respondendo por uma ação que não pode ser subsumida em nenhum tipo penal (atípica, portanto). Tendo o processo penal se findado com decreto condenatório sido proferido, não obstante o cabimento de ação revisional, as consequências nefastas já se teriam operado (condenação), podendo, ainda, já ter se dado o início da execução, o que seria ainda mais grave. As sequelas, entretanto, não param por aí. Veja-se que, salvo se o Ministério Público aguardar que as provas sejam feitas na instância administrativa para, então, juntá-las ao processo penal, haveria necessidade de que elas (perícia, ouvida de testemunha, juntada de documentos etc.) fossem realizadas duplamente: uma na instância administrativa e outra na penal, o que, por certo, estaria onerando desnecessariamente o Estado, os réus e aqueles que são chamados a contribuir com a Justiça. [...] Como afirma BELISÁRIO DOS SANTOS JÚNIOR, “a norma penal no campo tributário deverá considerar não apenas comportamentos e fatos, mas comportamentos e fatos regulados pelo direito tributário”. No mesmo sentido, MISABEL ABREU MACHADO DERZI, para quem, “a compreensão do injusto penal depende da compreensão do injusto tributário. A lei penal que descreve delitos de fundo tributário, como a sonegação fiscal, não pode ser aplicada sem apoio no Direito Tributário porque as espécies penais nela estabelecidas são complementadas pelas normas tributárias”.¹²⁶⁻¹²⁷

¹²⁶ SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal contra a ordem tributária. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 47, out. 1996, p. 5.

¹²⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. Crimes contra a ordem tributária. Normas penais em branco e legalidade rígida. *Repertório IOB de Jurisprudência*. 1ª quinzena de jul. 85, n. 13, p. 216 apud GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Crimes tributários..., cit.

A SANÇÃO DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Neste capítulo será feita uma incursão no direito comparado, de modo que se trace um breve panorama institucional do sistema de repressão ao abuso de poder econômico nas jurisdições americana alemã, espanhola, francesa, inglesa, italiana e da União Europeia (Direito Comunitário).

O objetivo principal é entender como convivem sanção penal e administrativa, e se convivem, em tais jurisdições. Para isso, partiremos de uma breve descrição das normas de regência da repressão ao abuso de poder econômico e respectivas autoridades responsáveis pela repressão. Buscaremos identificar como as autoridades penais e administrativas interagem (e se interagem) e trazer, quando existentes, dados numéricos e de classificação sobre a atividade das autoridades nos países pesquisados, especialmente em termos de multas aplicadas e ranqueamento em publicação especializada, de modo que se traga para a dissertação algum parâmetro em termos de eficácia dos sistemas.

7.1 Sistema alemão

7.1.1 *Diplomas e autoridades*

O sistema de concorrência alemão é regido principalmente pelo *Act Against Restraints of Competition* (ARC), cuja primeira versão foi publicada em 1958.¹²⁸ As principais autoridades envolvidas são o *Bundeskartellamt* (escritório federal de concorrência),¹²⁹ a autoridade especializada em cartéis na corte de apelações,¹³⁰ além das

¹²⁸ Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB/0911_GWB_7_Novelle_E.pdf>, último acesso em: 2 out. 2013.

¹²⁹ Disponível em: <<http://www.bundeskartellamt.de>>, último acesso em: 2 out. 2013.

¹³⁰ *Düsseldorf Higher Regional Court (Oberlandesgericht Düsseldorf)* é a primeira instância de apelações e a *Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof)* é a segunda instância.

Landeskartellbehörden, que são as autoridades estaduais (dezesseis), responsáveis por conduzir casos que se restringem a determinado Estado.

Além dessas autoridades, na Alemanha as agências reguladoras federais são responsáveis por prevenir práticas de abuso de posição dominante nos mercados de telecomunicações, correios, eletricidade, gás e ferrovias.

As competências do *Bundeskartellamt* são definidas nos arts. 57 a 59 do ARC e, no tocante aos cartéis, ela é competente não apenas para impor sanções pecuniárias em empresas, mas também às pessoas físicas envolvidas. Atualmente há uma revisão do ARC em discussão na Alemanha.

Na seara criminal, os procuradores criminais têm competência para investigar e punir crimes de cartéis em licitações desde 1997, quando o legislador tipificou tal conduta na legislação criminal e previu penas de até cinco anos, mais precisamente no art. 298 do *German Criminal Code* (StGB). A legislação criminal desde 1997 é restrita a um único tipo de cartel, muito embora outras práticas concorrenciais possam ser sempre genericamente enquadradas em casos de fraudes.

7.1.2 Interação entre as autoridades administrativas e criminais

Na Alemanha, a divisão legal de competências, em termos geográficos e procedimentais, parece bem clara e coesa. As autoridades locais (*Landeskartellbehörden*) são responsáveis pelos casos que não envolvem mais de um Estado e a autoridade federal é responsável pelos casos que envolvem mais de um Estado. Os casos estão sujeitos à apelação em cortes com competência especializada, na corte de Dusseldorf. A *Bundeskartellamt* é a responsável pelos procedimentos preliminares, e por troca de informações e participação nos procedimentos conduzidos em outras instâncias, inclusive na Comissão Europeia de Concorrência (*DG Competition*), enquanto cabe aos procuradores explorar os casos criminais de cartéis em licitações.

De acordo com o § 82 do ARC, a autoridade responsável por cartéis imporá penas administrativas, quando derivadas de condutas criminais anticompetitivas.¹³¹

Quando se estiver diante de casos de cartéis em licitações, também apenados na esfera criminal, caberá aos procuradores realizar a persecução penal e a ambas as autoridades cooperar para a punição eficaz dos agentes.

A divisão de competências na persecução dos indivíduos e das sociedades nos casos de fraudes implicou a necessidade de uma estreita colaboração entre os procuradores públicos e as autoridades de concorrência. Deste modo, nos termos do art. 161 (1) do Código de Processo Penal alemão – StPO –, estas autoridades podem a qualquer tempo, desde o início do inquérito, trocar informações, inclusive as que se demonstram confidenciais. Outrossim, existe uma disposição especial nas “Orientações para Procedimentos Criminais e Administrativos” – RiStBV – art. 242, pelo qual tanto o Ministério Público quanto o *Bundeskartellamt* deverão prestar cooperação recíproca nos respectivos processos de sua competência e, na primeira oportunidade, informar ao outro a descoberta de um caso suspeito de cartel. Ambas as autoridades inspecionam e coordenam as etapas mais formais do inquérito (denúncia no caso do processo criminal das pessoas físicas, e declaração de oposição e multas no caso das empresas), auferindo um natural interesse na estreita cooperação porque não há competência autônoma para abranger, em conjunto, a investigação dos administradores e das respectivas empresas [...].¹³²

Muito embora existam mecanismos de cooperação entre as autoridades, parece que, a despeito de a Alemanha ter um dos mais sólidos e eficazes programas de leniência administrativa do mundo, perdendo apenas para o Japão, ainda não existe imunidade na esfera criminal para os lenientes, o que certamente desencoraja tanto a denúncia de casos de cartéis em licitações como a própria cooperação entre as autoridades.

O programa de leniência da *Bundeskartellamt* assim dispõe:

¹³¹ “The cartel authority shall be exclusively competent in proceedings to assess an administrative fine against a legal person or association of persons in cases arising from a criminal offence which also fulfils the elements of § 81(1), (2) no. 1 and (3) [...]”

¹³² MIGOWSKI, Vinícius Fonseca. *A tutela da livre concorrência no direito penal contemporâneo*, monografia disponível em: <://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/ Categoria_Estudantes/T1/MH/monografia_-.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2011. p. 32-34 e p. 42.

II. Consequences under civil and criminal law

24. This notice has no effect on the private enforcement of competition law. The Bundeskartellamt must refer proceedings against a natural person to the public prosecutor under Section 41 of the Administrative Offences Act if the activity concerned constitutes a criminal offence (in particular within the meaning of Section 298 of the Criminal Code, on fraud relating to bids).

Florian Wagner-von Papp¹³³ defende a ampliação dos poderes criminais para punição de cartéis na Alemanha. Porém, como o mesmo autor aponta, a punição dos indivíduos poderia se tornar menos eficiente:

One of the dangers of criminalization that competition lawyers fear is that the currently highly effective and efficient enforcement by the Bundeskartellamt might become less effective when the competence is transferred to the public prosecutors, who are entrusted with the enforcement of criminal law.⁸² There are two interrelated reasons why enforcement by public prosecutors might be less effective: First, public prosecutors have to deal with all sorts of crimes, and competition law concerns will presumably not be their top priority. Secondly, they are less specialized in competition law than the Bundeskartellamt.

One should not underestimate these concerns, although the public prosecutors seem to be managing the bid-rigging offence satisfactorily. More importantly, there are several possibilities to address the concerns. First, s 82 of the ARC already deals with one of the major concerns: The competence for enforcement against the undertakings remains with the Bundeskartellamt, even where the public prosecutor investigates against individuals. The worst that could happen is that enforcement against individuals becomes slightly less efficient.

7.1.3 Atividade sancionadora em números

A Alemanha apresentou 53 casos de leniência somente no ano de 2012, perdendo apenas para o Japão nessa atividade. Merece destaque a atividade sancionadora de pessoas físicas no país. Elas são constantemente multadas, e em valores altíssimos, provavelmente em virtude da inexistência de sanção penal para a maioria dos casos de abuso de poder econômico, inclusive cartéis, cuja única modalidade de punição penal é restrita aos casos de fraude à licitação.

¹³³ PAPP, Florian Wagner-von. *Criminal antitrust law enforcement in Germany*: “The whole point is lost if you keep it a secret! Why didn’t you tell the world, eh?”. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1584887>>, último acesso em: 20 out. 2013.

Já na esfera penal, percebe-se um alto nível de persecução, com penas pecuniárias e de prisão impostas:

The individual fines tend to stay well below the statutory maximum, but not infrequently reach €100,000 or €200,000; for wholesale-cartel, one individual example, in the paper was fined €250,000.⁷⁹ In 2007, the Bundeskartellamt imposed a total of €1.8m of administrative fines on individuals in cartel cases, in 2008 a total of €2.7m [...] between 1998 and 2008, there were in total 264 prosecutions and 184 convictions for bid-rigging. Of those convicted, 26 were sentenced to suspended prison sentences, and 157 were sentenced to pay fines. Of the 26 (suspended) prison sentences, five were for a prison term of between 12 and 24 months, 20 for a prison term of between six and 12 months, and one for a term of below six months. The annual totals of suspended prison sentences add up to 25.5 months (2002), 28.5 months (2003), 18 months (2004), 16.5 months (2005), 52.5 months (2006), 67.75 months (2007), and 49.5 months (2008).¹³⁴

O que nos mostra o sistema alemão, portanto, é que, embora sejam necessários mecanismos para efetiva cooperação das autoridades administrativas e criminais, especialmente no caso de leniência para cartéis em licitações, a limitação da tipificação criminal e a efetiva aplicação da sanção administrativa às pessoas físicas colocaram o sistema punitivo alemão entre os mais eficientes do mundo, sendo classificado como um sistema de elite (cinco estrelas) pelas publicações especializadas¹³⁵ e um dos países europeus que mais trataram de condenações criminais por formação de cartel.¹³⁶

¹³⁴ PAPP, Florian Wagner-von. Criminal antitrust law..., cit.

¹³⁵ Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/GCR.pdf>>.

¹³⁶ “In 2006, Gorecki and McFadden claimed that the Irish Heating Oil case was the ‘first successful criminal prosecution of a hard-core cartel in the EU’. This was echoed in 2009 by the Senior Counsel to the Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement of the US DOJ Antitrust Division, claiming that the first suspended prison sentence for an antitrust offence in Europe had been obtained in Ireland in 2006. This was erroneous in at least two respects: First, German courts had started to impose suspended prison sentences for bid-rigging as early as 2002, not even counting earlier sentences under the fraud provision. And secondly, by the end of 2006, German courts had not only imposed 15 suspended prison sentences for bid-rigging, but more importantly, had handed down at least one unsuspended prison sentence of 34 months” (PAPP, Florian Wagner-von. Criminal antitrust law..., cit.).

7.2 Sistema espanhol

7.2.1 Diplomas e autoridades

A Lei 15, de 3 de julho de 2007, é o principal diploma de promoção e defesa da concorrência na Espanha. Ela é resultado de uma ampla reforma no sistema espanhol,¹³⁷ que consolidou na *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC), vinculada indiretamente ao Ministério da Fazenda e Economia, uma instituição única de promoção da competição. A CNC substituiu os antigos *Servicio e Tribunal de Defensa de la Competencia*.

Em junho do ano de 2013 o Governo espanhol decidiu por promover mais uma unificação, que será implementada no fim do ano: juntará à CNC as agências reguladoras setoriais, incluindo, entre outras, a de telecomunicações e a de energia. Tal reforma, segundo o Governo, busca dar maior eficiência e unidade ao sistema, principalmente diante da evolução da regulação e da crise europeia. A nova agência se chamará *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, e acaba de ser criada pela recente Lei 3/2013, de 4 de junho de 2013.

A nova lei se limita a agregar ao esquema institucional de defesa da concorrência as novas competências da regulação, permanecendo praticamente intacto o conteúdo material das normas.

A CNC será, assim, substituída pela *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC), que, em matéria de concorrência, contará com um Conselho (*Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*), previsto no art. 13, e com uma diretoria responsável pelas investigações e instruções de processos, chamada *Dirección de Competencia*.

O quadro normativo espanhol, além da lei concorrencial, é amparado subsidiariamente pela Lei 30/1992, de 26 de novembro, que disciplina o regime jurídico da Administração Pública e do processo administrativo comum. Como não poderia deixar

¹³⁷ A Lei anterior era a 16/1989, com as modificações introduzidas pela Lei 62/2003.

de ser, também subsidiam as decisões espanholas em matéria de concorrência as disposições da União Europeia, especialmente os atuais arts. 101 e 102 do Tratado.

Importante notar que não há, no ordenamento espanhol, previsões criminais em relação às matérias concorrenciais. A autoridade administrativa civil e o Judiciário são os responsáveis por prevenir e sancionar condutas dessa natureza. O Judiciário espanhol recebe também ações indenizatórias, o que é uma tendência no sistema, apesar de ainda se identificarem apenas oito casos em trâmite.

7.2.2 Interação entre as autoridades administrativas e criminais

O ordenamento espanhol trata de estabelecer um sistema sancionador que privilegia a clara delimitação das competências entre as autoridades, especialmente pela via da delegação a um único ramo do direito – no caso em tela ao direito administrativo – a punição a determinada conduta anticompetitiva.

A exposição de motivos da recentíssima lei de criação da Comissão Nacional de Mercados e Concorrência é um exemplo desta preocupação:

[...] Confluyendo con las anteriores tendencias, no sería hasta los años ochenta y noventa cuando un amplio conjunto de países de la actual Unión Europea, incluido España, impulsado por las sucesivas directivas reguladoras de determinados sectores de red, tales como la energía, las telecomunicaciones o el transporte, llevó a cabo un intenso proceso liberalizador en el marco del mercado único, que trajo consigo reformas tendentes a asegurar la competencia efectiva en los mercados, la prestación de los servicios universales y la eliminación de las barreras de entrada y las restricciones sobre los precios. En este contexto surgió un amplio debate sobre el grado en que los nuevos mercados que se abrían a la competencia debían estar sometidos a las normas y autoridades de defensa de la competencia nacionales o si, por el contrario, debían ser los nuevos organismos sectoriales independientes los que llevaran a cabo la supervisión. En el caso de España, se optó por una separación de funciones. Las autoridades sectoriales se encargaron de asegurar la separación vertical de las empresas entre los sectores regulados y sectores en competencia y resolver los conflictos que pudieran surgir entre los diferentes operadores, especialmente en los casos en que era necesario garantizar el libre acceso a infraestructuras esenciales. Junto a ello, se atribuyeron a los nuevos organismos potestades de inspección y sanción, así como distintas funciones de proposición normativa económica y técnica y la elaboración de estudios y trabajos sobre el sector. Por su parte, la Autoridad de Defensa de la Competencia ha venido ejerciendo lo

que se denomina un control ex post de la libre competencia, investigando y sancionando las conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia, y un control ex ante, examinando las operaciones de concentración empresarial. Transcurrido cierto tiempo desde la implantación de este sistema, que ha reportado indudables ventajas para el proceso de liberalización y transición a la competencia de los sectores regulados, es necesario revisarlo. A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional. Estas se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. **Cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia.** En segundo lugar, de modo especialmente importante en el entorno de austeridad en el que se encuentra la Administración Pública, se deben aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada. En tercer lugar, las instituciones han de adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados. Debe darse una respuesta institucional al progreso tecnológico, de modo que se evite el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada. Por ello, el objeto de esta Ley es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. [...]¹³⁸

Outra lei que serve de exemplo sobre a preocupação espanhola com o tema da coordenação da atuação das autoridades é a Ley 1/2002, de 21 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia:

¹³⁸ Exposição de motivos da nova lei, disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5940>, último acesso em: 15 jun. 2013.

[...] Por ello, debe adoptarse una iniciativa legislativa que establezca el marco para la ejecución de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas con pleno respeto a los criterios impartidos por el Tribunal Constitucional, iniciativa que acomete la presente Ley.

Uno. 1. El Consejo de Defensa de la Competencia es el órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover **la aplicación uniforme de la legislación de competencia**. [...]

7.2.3 Atividade sancionadora em números

A atividade sancionatória espanhola registrou 252 milhões de euros de sanções aplicados em 2012,¹³⁹ sendo considerada muito boa (quatro estrelas) pelas publicações especializadas.¹⁴⁰

7.3 Sistema americano

7.3.1 Diplomas e autoridades

O *Department of Justice* (DOJ) é o órgão encarregado de aplicar, entre outros diplomas, o *Sherman Act* que, em suas seções 1, 2 e 3, considera lesivas à concorrência as condutas de fixação artificial de preços, combinação de preços em licitações e outros modos de conluio ou contratos para dominar mercados ou restringir o livre comércio.¹⁴¹

¹³⁹ Fonte: relatório quinzenal da CNC.

¹⁴⁰ Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/GCR.pdf>>.

¹⁴¹ “**Sherman Act § 1:** Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court. **Sherman Act § 2** Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court. **Sherman Act § 3** (a) Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or both said punishments, in the discretion of the court. (b) Every person who shall

Tais práticas são consideradas “ilícitas” e podem acarretar tanto sanções pecuniárias e obrigacionais quanto penas de prisão. No caso de empresas, acarretam multas, e no caso de pessoas físicas, multas ou prisão. Penas obrigacionais existem para pessoas físicas e jurídicas.

O *United States Code* (principalmente títulos 15 e 18), junto com o *United States Sentence Guidelines*, regulamentam a imposição efetiva de penas de multa, obrigações e prisão.¹⁴²

7.3.2 Interação entre as autoridades administrativas e criminais

O sistema americano conjuga a atividade sancionadora administrativa e criminal num único órgão, o Departamento de Justiça. O sistema parece estar organizado de modo que as duas sanções serão aplicadas conforme o caso e a necessidade, preocupando-se menos com as divisões entre ramos (administrativo e criminal) e mais com a atividade sancionadora como um todo, e com todos os instrumentos necessários.

O Departamento de Justiça (*Department of Justice*) conta com procuradores que são responsáveis pelo início do processo para aplicação das sanções, organizando-se internamente em divisões de natureza civil e penal.

Quando um caso enquadra-se no *Sherman Act*, seções 1, 2 ou 3, a divisão criminal inicia seu procedimento perante o Júri (*Grand Juri*¹⁴³), sendo que, ao final, o indivíduo ou a empresa serão condenados em multa e/ou restrição da liberdade. Após tal processo, podem também sofrer uma ação cível de reparação de danos.

monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia, and any State or States or foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

¹⁴² Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>>.

¹⁴³ Grand Jury Manual: Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/4371.htm>>.

Importa notar que os procuradores da seção antitruste do Departamento de Justiça também atuam em conjunto com outras autoridades criminais, tanto o FBI, para quem podem requisitar auxílio, quanto procuradores criminais das cortes distritais, em casos nos quais fraudes possam resultar ou se conectar com crimes antitruste.¹⁴⁴

O recente caso do cartel para aumento de preços de monitores de TFT-LCD¹⁴⁵ bem ilustra a condenação criminal e administrativa de agentes por infrações à Lei Antitruste. Nele, o Departamento de Justiça requereu a imposição de penas pecuniárias, penas de prisão aos executivos e obrigação de implantação de um programa de *compliance* (cumprimento de regras) como modo de garantir que as empresas envolvidas sigam a legislação (o que traz à tona, além das sanções tradicionais, interessante medida obrigacional sancionatória de natureza preventiva):

Chen and Hsiung Should Be Imprisoned for 120 Months and Fined \$1 Million [...] The Court should consider the need for the sentence imposed “to protect the public from further crimes of the defendant” and “to provide the defendant with needed educational or other correctional treatment in the most effective manner.” 18 U.S.C. §§ 3553(a)(2)(C) & (D). To satisfy these factors, the government further recommends that as part of its probation (which is mandatory in this case under U.S.S.G. Section 8D1.1(a)(3)(6)) AUO be required to hire a compliance monitor to develop and implement an effective antitrust compliance program. As set forth in more detail in section VI. below, this condition of probation is recommended under U.S.S.G. Sections 8D1.4(b)(1) & (2) and is critical for AUO, which, as noted above, has engaged in illegal conduct from its inception.¹⁴⁶

Em setembro de 2012, a Corte americana sentenciou a AUO numa pena de quinhentos milhões de dólares. A Corte também acatou o pedido do Departamento de Justiça no tocante ao procedimento de *compliance*, obrigando a empresa a contratar um auditor por três anos. Em relação às pessoas físicas, a Corte sentenciou duas delas a 36

¹⁴⁴ O recente caso *United States v. RBS Securities Japan Limited*, Case 3:13-cr 00073MPS, de abril de 2013, por violação do 18 U.S.C 1343, no qual a empresa foi acusada de fraude no mercado financeiro por especulação é um exemplo.

¹⁴⁵ *United States of America v. AU OPTRONICS CORPORATION, AU OPTRONICS CORPORATION AMERICA, HUI HSIUNG, and HSUAN BIN CHEN* <<http://www.justice.gov/atr/cases/f295500/295524.pdf>>.

¹⁴⁶ Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/f286900/286934_1.pdf>, p. 53.

meses de prisão e a pagar cada uma 200 mil dólares de pena e 100 mil dólares como multa especial.¹⁴⁷

7.3.3 Atividade sancionadora em números

Os Estados Unidos se destacam como um dos sistemas antitruste de elite (cinco estrelas) pelas publicações especializadas,¹⁴⁸ sendo que, de 2003 a 2012, abriu 537 casos criminais e arrecadou mais de um bilhão de dólares com multas sancionatórias pelas condutas investigadas (média de 111 milhões de dólares por ano). A média de meses de pessoas na prisão, de 2010 a 2012, foi de 25 meses.¹⁴⁹

7.4 Sistema francês

7.4.1 Diplomas e autoridades

O Livro IV do *Code de Commerce* (arts. 410 a 464)¹⁵⁰ regula a defesa da concorrência na França.

Desde 2009, a principal autoridade responsável pela aplicação da legislação concorrencial é a *Autorité de la Concurrence*. Referido órgão substituiu o *Conseil de la Concurrence* nos termos da Lei de Modernização da Economia (LME), de 2008.¹⁵¹

A *Autorité de la Concurrence* é uma autoridade administrativa que goza de independência funcional. Um ponto interessante no sistema francês é que as investigações dos casos são realizadas por relatores que, conforme uma decisão proferida pela Câmara Comercial da Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), em 1999, não participam das deliberações da autoridade de concorrência, mas simplesmente se reportam em uma sessão aberta, buscando garantir a plena conformidade com os requisitos do art. 6.º da

¹⁴⁷ Até onde se tem notícia, o caso ainda está pendente de análise de recurso de apelação. As pessoas físicas estão presas.

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/GCR.pdf>>.

¹⁴⁹ Disponível em: <www.justice.gov/atr/public/criminal/264101.html>.

¹⁵⁰ Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20130929>>.

¹⁵¹ Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/jo_lme.pdf>.

Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Esses relatores funcionam como promotores e influenciam indiretamente a decisão final. A autoridade de concorrência é dotada de poderes para atuar, tendo, inclusive, serviços de investigação próprios, capacidade postulatória e o direito de emitir opiniões em questões relacionadas à concorrência. A Lei de Modernização da Economia previu um *hearing office* com intuito de registrar depoimentos das partes durante o processo.

A autoridade concorrencial proferirá decisões que poderão ser recorridas perante a Corte de Apelação de Paris (*Cour d'apelation de Paris*) e a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*)

A Autoridade da Concorrência conta, também, com o auxílio da *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* (Diretoria Geral da Concorrência, Consumo e Repressão de Fraudes – DGCCRF), contribuindo para uma “cultura” da concorrência e tendo competência para representar e instruir processos de apuração de práticas anticompetitivas, remetendo-os à autoridade para decisão final sobre a questão.

O juiz de direito (Tribunal do Comércio) também tem competência para aplicar o direito nacional e comunitário da concorrência, em casos de disputas contratuais ou indenizatórias.

O Procurador da República será competente para receber representações da autoridade de concorrência, quando esta entenda presentes fatos que recomendem a aplicação do art. 420-6,¹⁵² único dispositivo de natureza penal previsto pela legislação concorrencial francesa, e que trata da punição de pessoas físicas com penas de até quatro anos e multa de até 75 mil euros em práticas que (i) limitem o acesso ao mercado ou

¹⁵² **Article L462-6 En savoir plus sur cet article...** Modifié par LOI n. 2012-1270 du 20 novembre 2012 – art. 6 L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 ou L. 420-5, sont contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410- 3 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions. *Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique. La prescription est interrompue également lorsque les faits visés dans la saisine font l'objet d'un acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction par la Commission européenne ou par une autorité de concurrence d'un autre Etat membre de la Communauté européenne.*

ao livre exercício da concorrência por outras empresas, (ii) criem obstáculos à fixação de preços ao livre “*jeu du marché*” (jogo do mercado), (iii) limitem ou controlem a produção, os investimentos ou progressos técnicos e (iv) levem à divisão de mercados ou de fontes de fornecimento.

A Lei faz referência à pessoa física que praticar os atos em questão, sem, contudo, detalhar o grau de participação do agente no ilícito (dirigente, simples funcionário etc.).

É igualmente tida por ilícita, com a correlata aplicação das penas de cadeia e multa, a prática de “exploração abusiva de empresa, por quem detém posição dominante”. Entende-se, doutrinariamente, que tal prática alcança uma série de comportamentos, entre os quais a recusa de contratar e o rompimento de relações comerciais, diante da recusa de se submeter a condições contratuais abusivas.

7.4.3 Interação entre as autoridades administrativas e criminais

No sistema francês não há disposições expressas sobre a coordenação entre as diferentes autoridades, não existindo, portanto, empecilho para que uma investigação administrativa corra em paralelo à investigação criminal.

Nada obstante, como visto, a Lei prevê que a autoridade da concorrência examinará as práticas anticompetitivas e verificará se elas se enquadram nas condutas proibidas pelo Código Comercial francês. Se constatado que se trata de fatos que podem ser enquadrados na conduta tipificada pelo Código, ela endereçará um dossiê ao procurador da República (art. L462-6), para promover as responsabilizações cíveis e criminais dos envolvidos.

Portanto, muito embora não exista delimitação formal das competências entre as autoridades, o fato de o Código Comercial francês ter previsto a representação das autoridades administrativas às criminais, com suspensão da prescrição das condutas a partir da representação, confere um natural encadeamento das competências administrativas e criminais.

7.4.4 Atividade sancionadora em números

De 2003 a 2011 a autoridade francesa impôs multas de mais de um bilhão de euros.¹⁵³ Em média, 125 milhões de euros foram impostos por ano. Já na esfera penal, foram abertos mais de 50 processos, com o maior tempo de prisão de 18 meses. Na maior parte dos casos criminais, as penas de prisão foram substituídas por multas, que variam de 10 a 30 mil euros.¹⁵⁴

7.5 Sistema inglês

7.5.1 Diplomas e autoridades

O atual sistema de concorrência inglês é regido pelo *Competition Act*, de 1988 e pelo *Enterprise Act*, de 2002. Além desses dois diplomas, o *Criminal Justice Act*, de 1987, o *Proceeds of Crime Act*, de 2002, o *Regulation of Investigatory Powers Act*, de 2000 e o *Company Directors Disqualification Act*, de 1986, são utilizados em investigações de natureza criminal.

O *Office of Fair Trading* (OFC) e a *Competition Commission* (CC) são os órgãos administrativos responsáveis pela defesa da concorrência, sendo intimamente ligados ao Judiciário, uma vez que suas decisões são recorríveis automaticamente ao *Competition Appeal Tribunal*.

¹⁵³ 2003: €88.5 million; 2004: €49.3 million; 2005: €754.4 million; 2006: €128.2 million; 2007: €21 million; 2008: €31.3 million; 2009: €206.6 million; 2010: €42.5 million; e 2011: €10.3 million.

¹⁵⁴ “Criminal judges imposed suspended jail sentences on more than 50 individuals guilty of an antitrust offence, although most cases were not stand-alone antitrust cases. Since 2002, two prison sentences have been ordered. In all other cases, a few suspended prison sentences were ordered but, in the vast majority of cases, only fines were ordered, ranging from €1,000 to €30,000 suspended sentences of between 3 and 10-month imprisonment”. Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/surveys/article/33576/frances-competition-authority/>>, ultimo acesso em 3 out. 2013.

O *Serious Fraud Office* (SFO) é a autoridade criminal, subordinada ao Advogado Geral, responsável por investigações “graves”, entre as quais se enquadram os cartéis.¹⁵⁵

O *Office Fair Trading* segue um modelo de implementação das regras cíveis e criminais de proteção contra condutas anticompetitivas, em um modelo análogo ao dos Estados Unidos. Além disso, é também o responsável pelas normas da União Europeia (arts. 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia). Já a *Competition Commission* incumbe-se da análise de concentrações e de mercados em geral, com competências inclusive para a análise de mercados regulados (mesmo não sendo a reguladora, ela pode analisar casos que afetem a competição em mercados e resolver disputas ou receber recursos de decisões das agências).

O sistema inglês está em fase de ampla reformulação. O *Enterprise and Regulatory Reform Act*¹⁵⁶ estabeleceu que em abril de 2014 serão unificadas as funções do *Office Fair Trading* e da *Competition Commission* numa única agência, a *Competition and Markets Authority* (CMA).

No que diz respeito às condutas puníveis na esfera criminal, a *Section 188* do *Enterprise Act* de 2002, que passou a vigorar em junho de 2003, estabelece que pessoas físicas estão sujeitas a até cinco anos de prisão e penas pecuniárias ilimitadas se tomarem parte em atividades anticompetitivas relacionadas a cartéis, que são consideradas *hard core activities*.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Conforme o *Criminal Justice Act*, artigo 1 (3), o Director do *Serious Fraud Office* pode investigar condutas que envolvam sérias ou complexas fraudes. E de acordo com o Memorando de entendimentos entre o *Office Fair Trading* e o *Serious Fraud Office*, esses critérios serão: casos envolvendo pelo menos £1 milhão, casos que possam envolver publicidade nacional ou preocupação pública, casos nos quais as experiências da OFC e do SFO sejam necessária para sua solução. Disponível em: <http://www.oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/enterprise_act/oft515.pdf>.

¹⁵⁶ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/contents>>.

¹⁵⁷ “[...] 190. Cartel offence: penalty and prosecution A person guilty of an offence under section 188 is liable—on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine, or to both; on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both.

In England and Wales and Northern Ireland, proceedings for an offence under section 188 may be instituted only— (a) by the Director of the Serious Fraud Office, or (b) by or with the consent of the OFT.

E de acordo com o novo *Enterprise and Regulatory Reform Act*, não é mais necessário que as pessoas físicas tenham intenção de cometer tais práticas para que sejam processadas na esfera criminal, bastando seu simples envolvimento com os atos.¹⁵⁸ Assim, não mais será aplicado o polêmico *Gosh Test*, pelo qual o Júri determina se a conduta foi “desonesta” antes de considerar o indivíduo culpado.¹⁵⁹

7.5.3 Delimitação de competência entre as autoridades

O *Criminal Justice Act*, de 1987, delegou à *Serious Fraud Office* (SFO), por meio de seu *Director of the Serious Fraud Office*, a atividade de investigação de crimes complexos e graves, entre eles os cartéis.

Diante da entrada em vigor do *Enterprise Act* em 2002, que passou a considerar como crime as condutas que envolvem cartelização, o *Office Fair Trading* e o *Serious Fraud Office* celebraram, em outubro de 2003, um interessante memorando de entendimentos para atuarem em conjunto.¹⁶⁰

No proceedings may be brought for an offence under section 188 in respect of an agreement outside the United Kingdom unless it has been implemented in whole or in part in the United Kingdom.

Where, for the purpose of the investigation or prosecution of offences under section 188, the OFT gives a person written notice under this subsection, no proceedings for an offence under section 188 that falls within a description specified in the notice may be brought against that person in England and Wales or Northern Ireland except in circumstances specified in the notice.

Investigation of offences under section 188

The OFT may conduct an investigation if there are reasonable grounds for suspecting that an offence under section 188 has been committed.

The powers of the OFT under sections 193 and 194 are exercisable, but only for the purposes of an investigation under subsection (1), in any case where it appears to the OFT that there is good reason to exercise them for the purpose of investigating the affairs, or any aspect of the affairs, of any person (“the person under investigation”).”

¹⁵⁸ Enterprise Act 2002: “[...]188 Cartel offence(1) An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B). [...] “Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 :“ [...] 47 Cartel offence (1)Section 188 of the 2002 Act (cartel offence) is amended as follows.(2)In subsection (1), omit “dishonestly [...]”.

¹⁵⁹ R v Ghosh [1982] EWCA Crim: “ a jury must first of all decide whether according to the ordinary standards of reasonable and honest people what was done was dishonest... If it was dishonest... then the jury must consider whether the defendant himself must have realised that what he was doing was by those standards dishonest.” disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1982/2.html>>, último acesso em 1.º out. 2013.

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/enterprise_act/oft547.pdf>.

Pelo referido documento, ficam ajustados mecanismos para que as duas autoridades trabalhem juntas no combate aos cartéis, dando notícia uma a outra de denúncias que tenham recebido. Mediante a instalação de uma comissão de agentes dos dois órgãos, cuja coordenação ficará a cargo da SFO, as investigações acontecerão, porém não antes de uma representação do OFC à SFO, afirmando que existem indícios da prática. Tal representação será o ponto de partida para as investigações. Confira-se:

[...] Where the OFT receives information, through use of Competition Act 1998 (CA98) powers or otherwise, that criminal cartel activity may have occurred, Cartel Investigations Branch (CIB) of OFT will undertake any necessary initial criminal enquiries. Therefore, if the SFO receive information suggestive of criminal cartel activity, prior to any related referral from the OFT, the SFO will, in the first instance, refer that information to CIB. If, after any necessary initial enquiries (and informal discussions with the SFO), the OFT identify a criminal cartel case as being likely to fall within the SFO acceptance criteria, the case will be referred to the Director of the SFO (the Director). The referral will provide such background information as is necessary to enable the Director to make an informed decision as to whether or not the matter should be accepted for investigation or, alternatively, whether the OFT should undertake further enquiries. The Director will endeavour to make such a decision within 28 days of referral unless the complexity of the case requires a longer period. If the Director considers that the OFT should make further enquiries, the Parties will discuss and agree the nature and scope of such enquiries (which are likely to be conducted by CIB under EA02 powers.) Once the further enquiries have been completed, the Director will reconsider his decision in the light of any additional evidence so obtained.

The criminal case team If the SFO accept an OFT referral, a criminal case team will be formed comprising of both SFO and OFT staff working under the leadership and direction of an SFO case controller. Where appropriate, one or more officers from a relevant police force will also work on the criminal case team. A first case conference will be convened as soon as reasonably practicable to discuss preliminary matters.

Throughout the case, the presumption will operate that OFT team members and their management will have access to all case-related documentation including records of decisions, advices and submission papers.

Use of powers during a criminal investigation

The presumption will operate that once the SFO has accepted a criminal cartel investigation, powers under the Criminal Justice Act 1987 will be used rather than those under the EA02 where the two sets of powers would achieve essentially the same objective. However, depending upon the precise circumstances of the case, a criminal case team may determine that EA02 powers could and should be used to pursue particular objectives.

Dispute resolution within the criminal case team The Parties accept that it will be the responsibility of the case controller to direct the investigation and that he or she should ordinarily have the final say

on any issues of dispute between SFO and OFT criminal case team members. However, the Parties recognise that it may, on occasion, be necessary for issues in dispute to be resolved at a more senior level. [...].¹⁶¹

Além do aludido memorando de entendimentos entre a autoridade administrativa (OFT) e a criminal (SFO), percebe-se que o *Criminal Justice Act* de 1987, que criou o SFO, trouxe importante elemento para a efetividade da cooperação entre a autoridade administrativa e a criminal quando delegou competência ao SFO, por intermédio de seu diretor, para apurar condutas criminais graves, instituindo, na prática, um parceiro criminal para a autoridade administrativa:

Criminal Justice Act 1987 The Serious Fraud Office.

(1) A Serious Fraud Office shall be constituted for England and Wales and Northern Ireland.

The Attorney General shall appoint a person to be the Director of the Serious Fraud Office (referred to in this Part of this Act as “the Director”), and he shall discharge his functions under the superintendence of the Attorney General.

(2) The Director may investigate any suspected offence which appears to him on reasonable grounds to involve serious or complex fraud.

(3) The Director may, if he thinks fit, conduct any such investigation in conjunction either with the police or with any other person who is, in the opinion of the Director, a proper person to be concerned in it.

(4) The Director may—

(a) institute and have the conduct of any criminal proceedings which appear to him to relate to such fraud; and

(b) take over the conduct of any such proceedings at any stage (grifos nossos).

7.5.4 Atividade sancionadora em números

A média de condenações impostas, calculadas pelo balanço anual do OFT¹⁶² de 2011/2012 e 2012/2013, é de 66,50 milhões de libras. Cinco casos de cartéis foram finalizados desde a entrada em vigor do *Enterprise Act* de 2002, com três casos de

¹⁶¹ Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/enterprise_act/oft547.pdf>.

¹⁶² Disponível em: <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/annual_report/2013/OFT1490.pdf;jsessionid=9C80FAAC9286B4C6307C117556861E9D>.

cartéis com punição criminal. A renomada publicação *Global Competition Review* assim classifica o OFT:

With some major setbacks for the UK's Office of Fair Trading this year, we have reduced its rating to four stars. But it's important to remember that despite the issues it had in 2011 – and the challenges that lie ahead of it – “the OFT remains one of the world's most innovative and dynamic competition agencies.”¹⁶³

7.6 Sistema italiano

A *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*¹⁶⁴ é a agência responsável pela tutela da concorrência na Itália. A Lei 287, de 1990, rege a atuação da agência. Ela foi recentemente emendada pelo Decreto 201, de dezembro de 2011, o chamado Decreto de Salvação da Itália e que teve seus efeitos consolidados pela Lei 214, de dezembro do mesmo ano.

Também regem a atuação da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* a Lei 192/1998, o Decreto-lei 206, de 2005, e a Lei 215, de 2004.

Um ponto interessante no sistema italiano é que o Governo deve submeter anualmente ao parlamento sugestões de alterações legislativas para aperfeiçoar a competição na Itália.

Foi por meio desse instrumento que, em 2012, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, considerando a importância de combater cartéis em licitações, sugeriu ao parlamento que seja garantida imunidade criminal aos lenientes administrativos. A medida ainda aguarda votação.

O sistema administrativo de defesa da concorrência italiano é ainda composto da *TAR Lazio*, que é a Corte Administrativa de primeira instância, com jurisdição exclusiva sobre as decisões da *Autorità*. Em último grau de recurso, as decisões da *TAR Lazio* podem ser revistas pela Suprema Corte Administrativa Italiana.

¹⁶³ Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/surveys/article/33573/uks-office-fair-trading/>>.

¹⁶⁴ Disponível em: <<http://www.agcm.it>>.

Não existem previsões criminais na lei concorrencial, mas o Código Criminal italiano traz, em seus arts. 353¹⁶⁵, 501 e 507, previsões para punição com até cinco anos de cadeia e penas de até 25.822 euros por algumas condutas colusivas como manipulações mercadológicas por mau uso de informações sensíveis sobre preço, boicotes, manipulação de quantidades de matérias-primas e produtos alimentícios, bem

¹⁶⁵ Código Penal italiano: “Art. 353. Turbata libertà degli incanti. Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni (1) e con la multa da euro 103 a euro 1.032. Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.(1) Le parole: "fino a due anni" sono state così sostituite dall'art. 9 della l. 13 agosto 2010 n. 136. Art. 353-bis. Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (1)Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032 [...] Art. 501. Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio. Chiunque al fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci, pubblica o altrimenti divulga notizie false, esagerate o tendenziose o adopera altri artifici atti a cagionare un aumento o una diminuzione del prezzo delle merci, ovvero dei valori ammessi nelle liste di borsa o negoziabili nel pubblico mercato, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 516 a euro 25.822. Se l'aumento o la diminuzione del prezzo delle merci o dei valori si verifica, le pene sono aumentate. Le pene sono raddoppiate: 1) se il fatto è commesso dal cittadino per favorire interessi stranieri; 2) se dal fatto deriva un deprezzamento della valuta nazionale o dei titoli dello Stato, ovvero il rincaro di merci di comune o largo consumo. Le pene stabilite nelle disposizioni precedenti si applicano anche se il fatto è commesso all'estero, in danno della valuta nazionale o di titoli pubblici italiani. La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici. [...] Art. 501-bis. Manovre speculative su merci. Fuori dei casi previsti dall'articolo precedente, chiunque, nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale, compie manovre speculative ovvero occulta, accaparra od incetta materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 516 a euro 25.822. Alla stessa pena soggiace chiunque, in presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci indicate nella prima parte del presente articolo e nell'esercizio delle medesime attività, ne sottrae all'utilizzazione o al consumo rilevanti quantità. L'autorità giudiziaria competente e, in caso di flagranza, anche gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria procedono al sequestro delle merci, osservando le norme sull'istruzione formale. L'autorità giudiziaria competente dispone la vendita coattiva immediata delle merci stesse nelle forme di cui all'articolo 625 del codice di procedura penale. La condanna importa l'interdizione dall'esercizio di attività commerciali o industriali per le quali sia richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza da parte dell'autorità e la pubblicazione della sentenza. [...] Art. 507. Boicottaggio. (1) Chiunque, per uno degli scopi indicati negli articoli 502, 503, 504 e 505, mediante propaganda o valendosi della forza e autorità di partiti, leghe o associazioni, induce una o più persone a non stipulare patti di lavoro o a non somministrare materie o strumenti necessari al lavoro, ovvero a non acquistare gli altrui prodotti agricoli o industriali, è punito con la reclusione fino a tre anni. Se concorrono fatti di violenza o di minaccia, si applica la reclusione da due a sei anni.(1) La Corte costituzionale, con sentenza 17 aprile 1969, n. 84, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 507 c.p., per la parte relativa all'ipotesi della propaganda e nei limiti di cui alla motivazione. [...]”

como cartéis em licitações, estes com a pena mais alta do ordenamento, que é de cinco anos.

7.7.1 *Delimitação de competência entre as autoridades*

Ainda não se encontra em vigor na Itália nenhuma previsão de coordenação entre as autoridades, muito embora, como visto acima, tal coordenação deverá ser introduzida em breve via imunidade ou diminuição de pena do infrator sujeito da leniência administrativa na esfera penal.

A respeito da interação entre as decisões das autoridades administrativas e criminais, Siragusa, Beretta e Bay¹⁶⁶ comentam que:

In *Prodotti disinfettanti*,¹⁶⁷ the Competition Authority as well as the Administrative Courts, on appeal, held that court findings in criminal proceedings are not binding in the antitrust administrative procedures before the Competition Authority and the subsequent judicial review proceedings on appeal.

The Competition Authority had found that suppliers of antiseptics and disinfectants to the public health system had violated Article 101 TFEU by running a sophisticated system aimed at monitoring the market through a jointly owned consulting firm named Pan Service s.a.s. The decision followed an investigation prompted by reports from the financial police relating to collusive tendering. The Court of Milan initiated parallel criminal proceedings against some of the managers of the companies concerned. In 2004, the criminal court of Milan found that not all the elements of the criminal infringement were present, and the managers were acquitted. The companies involved in the antitrust investigation argued that the Competition Authority should have considered this outcome in its proceedings. The Competition Authority rejected this argument, stating that the antitrust investigation is distinct from the criminal investigation as it has different aims as well as different standards of proof.

The parties challenged the decision before the TAR and subsequently before the Supreme Administrative Court. Both Administrative Courts upheld the Competition Authority's position that criminal findings are not binding for the Competition Authority. Moreover, the Courts also held that criminal findings are not binding for the administrative judge. The TAR, in particular, held that the evidence relied upon by the criminal judge and by the Competition Authority was different since the

¹⁶⁶ Mario Siragusa – Matteo Beretta – Matteo Bay – Competition Law in Italy – The first 20 years of law and practice. Relatório produzido para o escritório Cleary Gottlieb. Disponível em: <www.cgsh.com>, último acesso em: 3 out. 2013.

¹⁶⁷ *Prodotti disinfettanti*, 26 Apr. 2006, n. I639, Bulletin 17/2006, §§ 211-217.

Competition Authority based its findings mostly on the evidence collected during the surprise inspections that took place after the criminal ruling.¹⁶⁸The Supreme Administrative Court, then, held that criminal proceedings are binding for the administrative judge only in relation to those material facts that were considered as having actually occurred and were thus relevant for the final criminal judgment.¹⁶⁹

7.7.2 Atividade sancionadora em números

Quatro casos de cartel em 2012. As condenações impostas, calculadas pelo balanço anual da Autoridade, é de 58 milhões de euros em 2012.¹⁷⁰ Nos anos anteriores, segundo a *Global Competition Review*,¹⁷¹ as condenações apenas por cartéis chegaram a 95 milhões e 100 milhões de euros, em 2011 e 2010 respectivamente, o que resulta numa média de condenações de 84,33 milhões de euros. Segundo a mesma publicação, não houve nenhum caso de prisão por condutas anticompetitivas em 2012, o que demonstra uma fraca persecução criminal em matéria de concorrência.

7.8 União Europeia

7.8.1 Diplomas e autoridades

A defesa da concorrência no âmbito comunitário exercida pela *European Commission*, em especial na divisão *Directorate-General for Competition* (DG Comp), é regida pelo Tratado de Funcionamento da Comunidade Europeia (2012) em seus arts. 101, 102, 106, que substituíram os arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia.

¹⁶⁸ *Sanitas and Others v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 7 Mar. 2007, n. 4123/2007 (Trib. ammin. reg.), § 5.1

¹⁶⁹ *IMS-International Medical Service S.r.l. and Others v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 29 Feb. 2008, n. 760 (Cons. stato), § 3.

¹⁷⁰ Disponível em: <http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3752-cap212013.html>, último acesso em: 3 out. 2013.

¹⁷¹ Disponível em: <www.gcr.com>, último acesso em: 4 out. 2013.

Além das disposições do Tratado, o Regulamento 1/2003 e o Regulamento 773/2004, ambos da Comissão Europeia, são os principais instrumentos que guiam a atuação da DG Comp, a autoridade de concorrência europeia.¹⁷²

A proteção à concorrência em nível comunitário se dá quando determinada prática envolve mais de um país-membro da União Europeia, sendo que os Tratados são amplamente aplicados pelos Estados-membros, em conexão com suas legislações locais. Especialmente no que se refere a acordos entre concorrentes, a legislação local não pode ser mais restritiva que a legislação comunitária.

Não há previsões criminais na normativa comunitária, e o Regulamento 1/2003 prevê que as normas comunitárias somente poderão ser usadas como fonte de condenações penais a pessoas físicas por legislações nacionais quando tais condenações forem a maneira como se sancionam as empresas envolvidas em práticas anticompetitivas.

Regulamento 1/2003:

[...] (8) A fim de assegurar uma aplicação eficaz das regras comunitárias de concorrência e o funcionamento adequado dos mecanismos de cooperação constantes do presente regulamento, é necessário impor às autoridades responsáveis em matéria de concorrência e aos tribunais dos Estados- Membros que apliquem igualmente os artigos 81.º e 82.º do Tratado nos casos em que apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos e práticas que possam afectar o comércio entre os Estados- Membros. A fim de se criar um quadro comum de actuação relativamente a acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas no âmbito do mercado interno, é também necessário determinar, com base na alínea e) do n. 2 do artigo 83.º do Tratado, as relações entre as legislações nacionais e a legislação comunitária em matéria de concorrência. Para tal, é necessário prever que a aplicação das legislações nacionais em matéria de concorrência a acordos, decisões e práticas concertadas, na acepção do n. 1 do artigo 81.º do Tratado, não conduza à proibição destes acordos, decisões e práticas concertadas se estes não forem também proibidos pela legislação comunitária em matéria de concorrência. As noções de acordos, decisões e práticas concertadas são conceitos autónomos da legislação comunitária em matéria de concorrência que abrangem a coordenação do comportamento das empresas no mercado tal como interpretado pelos tribunais da Comunidade. O presente regulamento

¹⁷² Uma compilação de todas as regras aplicáveis, direta ou indiretamente, pode ser obtida em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf>, último acesso em: 4 out. 2013.

não impede os Estados-Membros de aprovarem e aplicarem no seu território uma legislação nacional em matéria de concorrência mais restritiva que proíba actos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses actos. Essa legislação nacional mais estrita pode incluir disposições que proíbam comportamentos abusivos relativamente a empresas economicamente dependentes ou que imponham sanções por esses comportamentos. Além disso, o presente regulamento só é aplicável nas legislações nacionais que preveem a imposição de sanções penais a pessoas singulares na medida em que essas sanções sejam o meio pelo qual se aplicam as regras de concorrência às empresas. [...]

7.8.2 Delimitação de competência entre as autoridades

Não estão previstas sanções criminais no nível comunitário, pelo que não existem considerações sobre a delimitação de competências entre autoridades administrativas e criminais. Por outro lado, a normativa comunitária é rica em disposições que delimitam as competências entre as autoridades nacionais e a *DG Comp*. O art. 17 da Resolução 1/2003 assim dispõe:

[...] (17) A fim de assegurar tanto a aplicação coerente das regras de concorrência como uma gestão otimizada da rede, é indispensável introduzir a regra segundo a qual, quando a Comissão der início a um processo, este sai automaticamente da alçada das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Sempre que uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já esteja a instruir um processo e a Comissão tencione dar início a um processo, esta instituição esforçar-se-á por concretizar a sua intenção o mais rapidamente possível. Antes de dar início ao processo, a Comissão deverá consultar a autoridade nacional competente. [...].

7.8.3 Atividade sancionadora em números

A *DG Comp*, pela abrangência quase continental de sua atuação, é incomparável em termos de multas a países analisados isoladamente. No ano de 2012 foram julgados cinco casos de cartel e quatro casos de condutas unilaterais, sendo adotada a maior multa da história do órgão, no valor de um bilhão e quatrocentos milhões de euros a sete grupos internacionais produtores de tubos para monitores de televisão e computadores em cores e para entrega de imagens coloridas (CRT).

7.9 Conclusões parciais

Os diversos regimes pesquisados podem ser divididos em quatro modelos, segundo os seguintes parâmetros: (i) natureza da atividade sancionatória, se administrativa, penal ou ambas; e (ii) grau de integração entre os órgãos responsáveis pelas respectivas atividades sancionatórias: se são concentradas num mesmo órgão (completamente integradas), se são razoavelmente coordenadas entre distintos órgãos responsáveis, ou se apresentam um baixo grau de coordenação entre os órgãos responsáveis:

Modelo 1 – Espanhol e da União Europeia: infrações à concorrência são punidas pelo direito administrativo sancionador. O órgão de concorrência é o responsável por implementá-lo.

Modelo 2 – Americano: infrações à concorrência são punidas pelo direito administrativo ou penal, dependendo do tipo da infração. O órgão de concorrência é o responsável por ambos os tipos de sanções.

Modelo 3 – Francês, Alemão e Inglês: infrações à concorrência são punidas pelo direito administrativo ou penal, dependendo do tipo da infração. O órgão de concorrência trabalha de maneira coordenada com a autoridade penal, especialmente por meio de representações formais e, no caso da França, com suspensão da prescrição de ações penais.

Modelo 4 – Italiano: infrações à concorrência são punidas pelo direito administrativo ou penal, dependendo do tipo da infração. O órgão de concorrência não trabalha de modo substancialmente coordenado com a autoridade penal.

O quadro abaixo apresenta os resultados da atividade de combate aos cartéis, principal ponto de intersecção entre a atividade sancionadora penal e administrativa, nos países pesquisados.¹⁷³

Autoridade	Processos Administrativos concluídos	Multas (milhões de €)	Processos Criminais	Tempo de condenação à prisão (meses)	Leniências
EUA (DoJ)	22	880,3	67 ¹⁷⁴	30	Mais de 50 ¹⁷⁵
Alemanha	16	316	26 ¹⁷⁶	49.5 ¹⁷⁷	51
França	7	293	50	18	7
Espanha	14	98,4	N/A	N/A	Pelo menos 5
Reino Unido (OFT)	1	69	3	30	13
Brasil (CADE)	1	57	* ¹⁷⁸	* ¹⁷⁹	37

Itália	4	43	0	0	Não disponível
União Europeia (DG Comp)	5	1900,00	N/A	N/A	41

Da análise dos modelos de sanção no Direito Comparado é possível perceber que ambos os direitos sancionadores, administrativo e penal, têm um objetivo comum, que é punir, castigar as infrações à livre concorrência. A depender da jurisdição pesquisada, isso se dá pela aplicação de multas e instituição de obrigações de fazer ou não fazer a pessoas físicas e jurídicas, bem como de responsabilidade penal, com penas de prisão

¹⁷³ Refere-se primordialmente à atividade das agências no ano de 2012. Quando disponíveis apenas dados de outros anos, há indicação em nota de rodapé.

¹⁷⁴ 63 empresas e 16 pessoas físicas condenadas. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>>.

¹⁷⁵ 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf>>

¹⁷⁶ Média de processos entre os anos de 1998 e 2008.

¹⁷⁷ Em 2008.

¹⁷⁸ Em pesquisa realizada no Cade, Superior Tribunal de Justiça e Conselho Nacional de Justiça, não foi possível obter um dado preciso do número de processos criminais e do tempo médio de condenação à prisão. Dados da pesquisa de Ana Paula Martinez apontam que o tempo médio de condenação nos processos penais com base na lei 8.137/1990 relativos a cartel em que houve prolação de sentença, transação ou suspensão condicional do processo aponta para a existência de 18 processos até o momento, com tempo de condenação médio de 36 meses. MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre o Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013. p. 357 a 362. Sabe-se que em 2009 havia pelo menos cem processos em trâmite por prática de Cartel, com ao menos 29 condenações a penas de prisão. *Combate a cartéis e programa de leniência*.3. ed. Brasília: Publicação Oficial do Ministério da Justiça. p. 13. (Coleção SDE/CADE n. 01/2009).

¹⁷⁹ Vide nota 178.

para pessoas físicas e penas pecuniárias para pessoa jurídica, como no caso dos Estados Unidos.

Ou seja, muito embora cada país adote um modelo específico de interação entre a esfera administrativa e penal, é fato que existe uma identidade dos objetivos de tais sanções em matéria de concorrência.

Da análise e comparação da atividade sancionadora das jurisdições, colocada na tabela supra, é possível perceber que o modelo italiano é o que apresenta menos resultados em termos de atividade sancionatória penal. Isso nos leva à inexorável conclusão de que a falta de mecanismos de estímulo à coordenação entre autoridades administrativas e criminais torna o sistema menos eficaz.

Por outro lado, o alto grau de atividade de combate a cartéis nos Estados Unidos demonstra que a unificação das atividades sancionadoras administrativas e criminais numa única autoridade produz bons resultados.

Sendo assim, a conclusão a que se chega é que, sob a ótica do objetivo da sanção concorrencial e a efetividade da sanção, devem existir mecanismos de efetiva coordenação dos processos para imposição das respectivas sanções. Tais mecanismos podem ser *institucionais*, com a união, num mesmo órgão ou agência, de autoridades criminais e administrativas; *materiais*, delegar a um ou outro ramo do direito a sanção a uma conduta, com suspensão de prescrição até a apuração da conduta em uma das esferas, ou mesmo agregar ao tipo penal a constatação da existência da conduta na esfera administrativa especializada, coordenação entre as penas impostas ou efeitos da leniência; ou *processuais*, suspendendo-se o processo penal sancionatório até a apuração da conduta na esfera administrativa, ou prevendo representação de uma autoridade à outra.

Vale destacar, por fim, que, considerado o expressivo número de detecção de cartéis por meio do instituto da leniência apontado anteriormente, é de todo relevante para a eficácia dos sistemas que especial atenção à coordenação das atividades e sanções nessa seara seja implementada.

CONCLUSÕES

ESPAÇOS DE EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE SANÇÃO EM MATÉRIA DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Neste capítulo, que é propositivo, partiremos para a identificação de eventuais espaços de melhor coordenação entre ramos tradicionais do Direito, especialmente o Administrativo e Penal, à procura do modelo mais eficaz de sanção do abuso de poder econômico. Trata-se de análise e proposta característica do Direito Econômico, que, como visto no início deste trabalho, deve servir como ferramenta para aproximar o direito posto do direito pressuposto.

Dos capítulos antecedentes, notou-se que a natureza repressiva da pena imposta em matéria de abuso de poder econômico é um denominador comum da lei administrativa e penal, principalmente no caso de cartéis. Tal reprovabilidade busca afastar não apenas a danosidade social que esse grave ilícito econômico causa, mas também provocar na sociedade a sensação de dever de não fazer, para além do simples conhecimento da proibição.

Notou-se também que, no que tange aos ilícitos concorrenciais, o direito penal é utilizado de maneira restrita aos delitos que, por razões de política criminal, são considerados como altamente danosos. Está em prática a natureza de subsidiariedade do Direito Penal, por meio da tipificação na lei penal especial de poucas condutas (muito embora mereça reparos), enquanto à lei administrativa coube regulamentar de modo amplo a repressão ao ilícito econômico-concorrencial e colocar todo um aparato judicante a serviço de tal tutela da ordem econômica (CADE).

Apesar da consolidação do princípio da subsidiariedade penal dos ilícitos de natureza econômica e da abrangência da Lei Administrativa, imensos desafios ainda são encontrados para se alcançar a unidade do sistema jurídico e, acima de tudo, sua eficácia diante da nova realidade do mundo pós-liberal.

Tal dificuldade fica absolutamente evidente quando se percebe, na pesquisa realizada, que não há resposta uníssona no Supremo Tribunal Federal, que é a corte constitucional brasileira, ou mesmo no direito comparado, para a questão da coordenação das atividades administrativas e penais.

De fato, exceto no caso das jurisdições que resolveram a questão com a delegação da atividade sancionadora a um dos ramos do direito envolvidos de maneira exclusiva, como é o caso dos Estados Unidos, que caracterizou o cartel um crime e unificou as atividades administrativa e criminal; ou da Espanha, que restringiu a atividade sancionadora à esfera administrativa, parece que a fórmula ainda está em construção.

Um dos principais desafios que aparecem é o de coordenar, de um lado, a atividade do Estado, mais precisamente as prerrogativas de atuação das autoridades administrativas e judiciais, e, de outro, as liberdades constitucionais das empresas e pessoas físicas, todas girando em torno de um único, mas amplo, bem tutelado: a ordem econômica.

Com o objetivo de propor reflexões para melhoria do sistema, relataremos inicialmente os principais conflitos que identificamos no estudo do tema e, a partir da identificação dos conflitos, será possível formular algumas sugestões normativas. A seguir será feita proposta de elaboração de princípios do Direito Econômico Sancionador como fonte doutrinária destinada à melhor convivência de tais direitos e deveres.

Cingiremos nossas conclusões ao principal ponto de intersecção entre a sanção administrativa e penal, que são os casos de cartel, sem, entretanto, furtarmo-nos de elaborar um comentário geral sobre melhoras normativas para a coordenação da lei penal e administrativa.

Principais conflitos encontrados e respectivas propostas para o aperfeiçoamento do Sistema:

- (i) Falta de suficientes mecanismos normativos que incentivem a coordenação das autoridades administrativas e judiciais: proposta de dispositivo legal que suspenda a prescrição dos crimes econômico-concorrenciais**

Muito embora se possa identificar algum grau de coordenação entre as atividades sancionadoras administrativas e judiciais brasileiras via atuação de membro do Ministério Público Federal perante o Cade e de convênios assinados entre a antiga SDE e os *Parquet* estaduais,¹⁸⁰ é frequente a realização de investigações paralelas pelo Cade (autoridade administrativa) e pelo Ministério Público (autoridade penal), o que onera não apenas o Estado, mas também o administrado, além de gerar inevitáveis discrepâncias entre ambas as esferas.

Tais investigações paralelas ora ocorrem sem nenhuma coordenação, ora propositalmente, inclusive para legitimar o uso de provas somente obtidas para fins penais, tal como a escuta telefônica, de maneira emprestada, pela autoridade administrativa.

Como já asseverado em capítulo próprio, tal motivação, de uso do processo penal apenas para obtenção de provas, é de todo equivocada, constituindo um primeiro motivo – pró-administrado – para que exista uma melhor coordenação das atividades administrativas e penais.

¹⁸⁰ Na pesquisa de Convênios encontramos Termos de Cooperação celebrados pela SDE, com validade vencida. Não localizamos, na página do Cade destinada à publicação dos acordos em vigor, nenhuma renovação ou celebração de outro convênio com a mesma finalidade. Vide: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a686868a9675b793a1a1b0>> e <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={34431BE8-99AE-426E-B569-E0785B5AB1B8}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B4F5AE714%2DC24F%2D4717%2D8996%2D742E1EC1BE94%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Último acesso em: 19 out. 2013.

A coordenação e o sequenciamento das atividades administrativas e penais, à luz dos argumentos expostos pela Corte Constitucional nas demandas econômico-tributárias citadas, parecem ter o seguinte caminho: o STF adota a decisão administrativa como elemento do tipo penal e suspende a prescrição dos crimes, por representação da autoridade administrativa ao *Parquet*, enquanto se realiza a atividade sancionadora administrativa.

Para a melhor coordenação das atividades, nossa sugestão é que a lei preveja expressamente, em casos de suspeita de infração à ordem econômica tipificada nas leis Administrativa e Penal, a comunicação, pela autoridade penal, ao Cade, e vice-versa, como ato obrigatório, e que suspenderá a prescrição do crime econômico até que exista decisão final do Conselho sobre a reprovabilidade de tal conduta, garantida a participação da autoridade penal em todas as fases do processo administrativo, e da autoridade concorrencial no processo penal. Como ressalta Helena Regina Lobo da Costa:¹⁸¹

Refletir sobre a questão do aparato sancionador a ser utilizado é igualmente fundamental. A atual afluência sancionadora, derivada da criação de ilícitos administrativos e penais praticamente idênticos, acarreta sobreposição normativa, conflitos na aplicação do direito e, especialmente, consternação e perda de autoridade, em razão de o destinatário ter margem de segurança jurídica bastante reduzida. O legislador deve, pois, proceder a uma delimitação mais certa dos ilícitos, o que certamente proporcionará mais clareza e efetividade ao direito penal e ao direito administrativo sancionador. Igualmente, desonerando-se o aparato penal de ilícitos de menor gravidade, poder-se-á alcançar mais facilmente um maior grau de efetividade no direito penal econômico.

Entendemos ser tal solução a mais adequada, uma vez que a decisão administrativa do Tribunal Especializado pode ser apenas um primeiro passo para uma eventual investigação criminal mais ampla, na qual, por exemplo, se usem escutas telefônicas ou se apure a conduta de cartel no bojo de outros crimes, como lavagem de dinheiro e fraudes. Por outro lado, a investigação administrativa pode ser a prova do risco

¹⁸¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo. p. 124

penal, pois o crime econômico é de perigo concreto, e não de mera conduta, exigindo prova, portanto, do perigo e do nexo de causalidade entre este e a conduta típica.

Parece que a solução se adequa ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela judicial, pois não veda a persecução penal, apenas confere um grande incentivo para que ocorra após a decisão do conselho administrativo especializado, dando maior robustez ao processo penal e, ao mesmo tempo, permitindo a integração da atividade estatal sancionadora e garantia de economia processual e segurança jurídica.

Como argumento em prol do modelo defendido, podemos ainda mencionar que a Lei 12.529/2012 já prevê a extinção da punibilidade na esfera penal para o caso de celebração e cumprimento frutífero dos acordos de leniência.

Ou seja, o legislador atual já fez uma opção pela não integração da decisão administrativa como elemento do tipo cartel, mas, por outro lado, legislou de maneira “negativa”, prevendo que a punibilidade será extinta ou diminuída no cumprimento do acordo de leniência, no qual, aliás, a partir da celebração, fica suspensa a prescrição para a persecução criminal até sua aceitação e cumprimento, quando ocorrerá a extinção da punibilidade.

Em poucas palavras, parece nítido que o legislador infraconstitucional já fez uma opção pela “independência coordenada” dos sistemas, em vez de sua interdependência.

Basta, assim, que a lei preveja de maneira mais ampla o mecanismo já em vigor para casos de leniência, de introdução mais recente no ordenamento. Ou seja, preocupe-se em enfrentar o tema da integração da sanção administrativa e penal para todas as condutas que estão previstas em ambas as legislações.

Portanto, a primeira recomendação é que a Lei de Defesa da Concorrência preveja a suspensão da prescrição dos crimes da Lei 8.137/1990 relativos ao abuso de poder econômico enquanto se apura tal infração na esfera administrativa.

(ii) Falta de incentivos à efetiva cessação das práticas lesiva ao interesse público: proposta de previsão legal de impedimento do oferecimento da denúncia criminal em caso de celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática na esfera administrativa

Quando existir a celebração, pelos acusados, de Termo de Compromisso de Cessação de Prática com o Cade, é imprescindível que a legislação concorrencial preveja, além da genérica suspensão da prescrição aludida no item anterior, e tal como hoje já se prevê para os casos de celebração de acordo de leniência, o específico impedimento do oferecimento da denúncia, enquanto durar o cumprimento do acordo.

Conclusão diversa não poderia ser exposta sob a ótica dos incentivos à cessação de prática danosa e da moderna tendência de consensualidade da administração (Estado), e, portanto, da efetiva tutela ao bem jurídico da ordem econômica.

Isso porque cabe ao Estado garantir que aquele que se disponha a fazer um acordo para cessar imediatamente sua conduta e pagar multas compensatórias ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, fique imune à persecução criminal por tal específica conduta.

A subsidiariedade do direito penal deve ser observada, e a própria indisponibilidade da ação penal está respeitada, uma vez que não há justa causa para a propositura de medida de natureza criminal se está em curso possível causa de extinção da punibilidade por ação socialmente adequada, que é a celebração de acordo de cessação de sua conduta.

Isso é, aliás, o que já se garante em relação aos delitos tributários previstos na lei de crimes econômicos, na Lei 10.684/2003 (institui o parcelamento de débitos perante a Secretaria da Receita Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o Instituto

Nacional do Seguro Social e dá outras providências)¹⁸² e na Lei 9.964/2000 (institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis).¹⁸³

Por outro lado, faz-se indispensável a expressa previsão legal ora sugerida, uma vez que as Cortes Superiores têm se pronunciado pela possibilidade do oferecimento da denúncia em casos em que não exista lei específica que discipline a questão, como no caso de crimes contra o meio ambiente:

[...] Conforme a orientação deste Superior Tribunal, “A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera cível, que é independente da penal” (RHC 24.499/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 03/10/2011)” (HC 187842/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/09/2013).

Eventual celebração de termo de ajustamento de conduta não impede a persecução criminal, repercutindo apenas na dosimetria da eventual pena a ser cominada ao autor do ilícito ambiental. Precedentes (HC 160525/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 05/03/2013).

Por fim, vale mencionar que a previsão legal sugerida não afasta a independência das instâncias, tampouco a apreciação do assunto pelo Poder Judiciário, pois mesmo firmado um compromisso extrajudicial, nada obsta o acesso individual (dos

¹⁸² “Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

¹⁸³ “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.”

indivíduos lesados) ou coletivo (dos colegitimados) à jurisdição, supondo-se o ajuste insuficiente ou incorreto.

Portanto, a segunda recomendação deste trabalho é que a Lei de Defesa da Concorrência preveja a extinção da punibilidade dos crimes que tenham sido objeto de celebração e efetivo cumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta na esfera administrativa.

(iii) Prejuízos ao exercício do princípio do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa: proposta de inclusão, entre as peças instrutórias da denúncia criminal, de cópia do processo administrativo, ou, alternativamente, de condicionamento da denúncia criminal à representação do Ministro da Justiça

Se é fato que o princípio da inafastabilidade do processo judicial está em vigor, da mesma maneira se encontram o do contraditório e o da ampla defesa em processo administrativo. Sendo assim, faz-se necessário que as autoridades ministerial ou policial observem o que está se investigando na esfera administrativa e as eventuais conclusões de tal processo, sob pena de movimentar-se toda uma máquina estatal de maneira inócua, visto que o Judiciário, se utilizadas peças do processo administrativo, pode apontar defeitos e trancar ações penais por falta de observância aos nobres princípios.

Portanto, para melhor atender aos objetivos constitucionais contidos no art. 5.º da Constituição Federal, em especial os incs. XXXV e LV, é de todo conveniente que conste como peça instrutória da Denúncia cópia do processo administrativo, para que o Juiz possa avaliar o respeito ao contraditório e à ampla defesa na esfera administrativa, ou, alternativamente, que o processamento da ação penal fundada no art. 4.º da Lei 8.137/1990, quando estiver em trâmite processo administrativo de idêntica natureza,

se dê mediante requisição do Ministro da Justiça, enviada pelo Cade, que é vinculado justamente ao Ministério da Justiça.¹⁸⁴

Corroborando a conveniência da adoção de um dos mecanismos de cooperação ora sugeridos a razoável convicção de que, sendo os acusados absolvidos na esfera administrativa por determinada conduta, se a autoridade penal tomar como base as mesmas condutas e provas, o Judiciário tenderá a livrar os acusados, até por se tratar de crime de perigo concreto, e não de mera conduta.

Por outro lado, constando da denúncia ou requisição cópia do processo administrativo, grande eficiência resultará para a efetiva repressão das condutas. Sendo o Cade órgão judicante especializado em aferir o perigo concreto de determinada conduta, o resultado do processo administrativo há de impactar na configuração dos crimes contra a concorrência, também de perigo concreto,¹⁸⁵ muito embora não se possa afirmar que exista impedimento de uma decisão contrária, ou mesmo a proibição de sanção nas duas esferas, caso o Cade tenha condenado os acusados.

¹⁸⁴ Lei 8.137/1990: “Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Código Penal: Art. 100: Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.). Código de Processo Penal: Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

¹⁸⁵ Conforme afirma Eduardo Reale Ferrari: “A lógica no âmbito administrativo forçosamente traz como consequência que o crime de cartel configura infração de perigo concreto ou de dano. Se a repressão administrativa é admitida somente nos casos nos quais os efeitos anticoncorrenciais são possíveis de serem alcançados, inadmissível será impor situação mais gravosa na esfera penal, presumindo-se que um acordo entre concorrentes traz danos à concorrência – sendo portanto um crime de perigo abstrato – não fazendo sentido a caracterização da infração se ausente a afetação ao bem jurídico. A conclusão pela classificação de alguns crimes da Lei 8.137/90 como de perigo concreto decorre também da necessária harmonização de diplomas legais, sem a qual ter-se-á decisões judiciais conflitantes. Apesar das imperfeições da legislação penal em vigor, constata-se que uma eficaz repressão dos delitos concorrenciais depende, antes de tudo, da perfeita compreensão dos conceitos jurídicos e econômicos da Lei Antitruste e da análise de condutas isoladas dentro de todo um contexto de proteção do interesse institucional concorrência pressupostos estes sem os quais se terá uma persecução penal inócua, com custos estatais e frustrações aos interesses sociais” (FERRARI, Eduardo Reale; GAMEIRO, João Augusto Prado da Silveira. *O cartel de empresas e seus aspectos criminais*. Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu_joao.pdf>. Acesso em: 7 out. 2012).

Portanto, a terceira recomendação deste trabalho é de que deve a Lei de Crimes Econômicos, alternativamente, prever que a ação penal relativa aos crimes tipificados em seu § 4.º somente se proceda mediante representação do Ministro da Justiça, ou determinar que o processo administrativo seja peça instrutória da denúncia relativa a tais crimes.

(iv) Falta de unidade das sanções administrativas e penais e o princípio do *non bis in idem*: proposta de não inclusão de responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes concorrenciais no novo Código Penal

Muito embora a Constituição Federal não tenha se inclinado formalmente à unidade da sanção administrativa e penal, o que nos impede de concluir, de maneira abstrata, pela inconstitucionalidade dos dispositivos de lei que impõem sanções concomitantes nas duas esferas, caso venha a ser aprovado o Projeto de Lei do Senado 236/2012, que impõe a responsabilidade penal da pessoa jurídica decorrente dos crimes de natureza econômico-concorrenciais teremos a esdrúxula situação de ver uma empresa condenada duas vezes, por exemplo, à suspensão total ou parcial de suas atividades, impossibilidade de contratação com o Poder Público, impossibilidade de parcelamento de débitos tributários, entre outras medidas obrigacionais.

Tal situação ilustra de maneira cristalina que a efetiva coordenação das sanções administrativa e penal em matéria de direito econômico, além de desejável, tornar-se-á cada vez mais necessária.

Portanto, a quarta recomendação deste trabalho é de que, no que tange aos crimes econômicos de natureza concorrencial, não seja introduzida a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ficando as sanções adstritas à decisão administrativa.

8.1 Um princípio para o Direito Econômico Sancionador

Como assevera Helena Regina Lobo da Costa,¹⁸⁶ a “aproximação entre direito penal e direito administrativo, conforme verificado, traz diversos problemas e dificuldades a serem refletidas nos dois âmbitos. Entretanto, praticamente não se verificam novas propostas para coordenar melhor esses espaços de sobreposição. Em nossa doutrina, e, especialmente, em nossa jurisprudência, prevalece ainda o paradigma de ‘independência entre as instancias’, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de uma unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna”.

Visando endereçar a necessária coordenação das esferas, este trabalho, apesar de ser uma dissertação, ousa propor um princípio doutrinário nas suas linhas finais.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos seus arts. 4.º e 5.º, reconhece o uso, pelo juiz, da analogia costumes e princípios gerais de direito em caso de omissão da lei, sempre com atendimento aos fins sociais a que se destinam e às exigências do bem comum. São reconhecidas, ainda, como fontes do direito, a jurisprudência, a doutrina e a realidade social,¹⁸⁷ conceito de sensível relevância no direito econômico. Conforme lição de Washington Peluso, a partir do “certo” econômico,

¹⁸⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*. Tese de Livre-Docência apresentada à Congregação da Universidade de São Paulo. p. 118.

¹⁸⁷ “Os autores costumam distinguir as fontes formais, isto é, os fatos que dão à regra o caráter de direito positivo e obrigatório, das fontes materiais, representadas pelos elementos que concorrem para a formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica. Como fontes formais do direito, indicam-se tradicionalmente: a) legislação; b) o costume jurídico; c) a jurisprudência; d) a doutrina. Como fontes materiais podem ser mencionadas: a) a realidade social, isto é, o conjunto de fatos sociais que contribuem para a formação do conteúdo do direito; os valores que o direito costuma realizar, fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça.” MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito. Justiça, lei, faculdade, fato social, ciência*. 21. ed. São Paulo: RT, 1993. p. 323

valoriza-se o “justo”,¹⁸⁸ sendo que sua concreta aplicação varia em função do estado da ciência econômica.

De maneira complementar às fontes formais, temos a Ciência Econômica, a doutrina e a jurisprudência como fontes complementares e ao mesmo tempo essenciais para a correta subsunção das fontes formais de Direito Econômico ao “justo”, mencionado por Peluso.

E diante do quadro exposto neste trabalho, especialmente da demonstrada falta de eficácia de um sistema jurídico que não se adapte à realidade econômica, cabe desenhar um princípio doutrinário, que possa auxiliar na aplicação das fontes formais e buscar o “justo”. Propõe-se o seguinte princípio:

Os objetivos da sanção econômica concorrencial, quando previstas em legislação administrativa e penal, são atingidos com a coordenação dos respectivos processos, observada a especialidade do Direito Administrativo e a subsidiariedade do Direito Penal.

Tal proposta de um princípio de Direito Econômico Sancionador encerra este trabalho, que teve a sincera expectativa de contribuir para que as autoridades administrativas e penais sigam em direção à otimização de suas atividades pela utilização das ferramentas do Direito Econômico.

¹⁸⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p.134 apud PETTER, Josué Lafayete. *Direito econômico*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 34.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Mansuetto. A CF/88 e as políticas de incentivo à CT&I brasileiras. A *Constituição brasileira de 1988 revisitada*. Brasília: Ipea, 2009. v. 1.
- AMARO, Fernanda. Por uma Administração Pública democrática. Propostas de aperfeiçoamento da Lei de Processo Administrativo (L. 9.784/99) à luz do direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 234, p. 81.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública pluricêntrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 227.
- _____. Agências reguladoras e agências executivas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 228.
- _____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 311.
- ARIÑO, G. Ortiz. *Principios de derecho publico económico*. Granada, 1999.
- BAILEY, Stephen. O interesse público: alguns dilemas funcionais. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Rio de Janeiro: Cruzeiro, 1967.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 15.
- _____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *RDP*, São Paulo: RT, n. 57, p. 58.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A personalidade do Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 7, p. 21-34.

_____. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

_____. Privatização e serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 22.

_____. Sociedade e Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 15, p. 43-52, jan.- mar. 1971.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito#ixzz20erd8dtM>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- _____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. A ordem econômica no espaço. *A Constituição Brasileira de 1988 revisitada*. Brasília: Ipea, 2009. v. 2.
- _____. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, ano 36, abr.-jun. 1999.
- _____. Constituição e política, uma relação difícil. *Revista Lua Nova*, n. 61, 2004.
- _____. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. *A Constituição Brasileira de 1988 revisitada*. Brasília: Ipea, 2009. v. 1.
- BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Formação econômica do Brasil: uma obra-prima do estruturalismo cepalino. 50 anos de formação econômica do Brasil – Ensaio sobre a obra clássica de Celso Furtado*. Rio de Janeiro: Ipea, 2009.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução brasileira. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.
- BORK, Robert; BRIETZKE, Paul H. *The antitrust paradox: a policy with a war with itself*. 13.ed. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/vulr/vol13/iss2/7>>. Acesso em: 14 jul. 2012.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CARDIM DE ALMEIDA, Fabricio Antonio de (Coord.). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1939.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMBATE A CARTÉIS E PROGRAMA DE LENIÊNCIA. *Coleção SDE/CADE* n. 01/2009. 3. ed. Brasília: Publicação Oficial do Ministério da Justiça.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *RT*, São Paulo: RT, v. 723, ano 85, p. 38 e ss., out. 1996.

_____. O indispensável direito econômico. *RT*, São Paulo: RT, v. 353, p. 14-26, mar. 1965.

_____. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; VOJVODIC, Adriana (Coord.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Linking Promises to Policies: Law and Development in an Unequal Brazil. *The Law and Development Review*, Manuscript 1055, 2010.

_____; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direitos sociais e o ativismo judicial. *Valor Econômico*, Caderno Legislação & Tributos, 27.08.2008.

COUTINHO, Luciano; CASSIOLATO, José Eduardo; SILVA, Ana Lucia G. da (Coords.). *Telecomunicações, globalização e competitividade*. Campinas: Papirus, 1995.

COUTO E SILVA, Altamiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 230.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

- DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. *Do direito privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.
- _____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Aplicação das penas em direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y derecho sancionador administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- DURHAM, Eunice Ribeiro. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palma, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press Cambridge, 1980.

- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.
- FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência – Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
- FERRARI, Eduardo Reale; GAMEIRO, João Augusto Prado da Silveira. *O cartel de empresas e seus aspectos criminais*. Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu_joao.pdf>. Acesso em: 7 out. 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio de. *Poder econômico e gestão orgânica. Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. São Paulo: Manole, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREIRA JUNIOR, Ricardo. *A advocacia da concorrência no Brasil. Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 232, p. 59.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 2008.

FURTADO, Celso. *A economia latino-americana*. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1986.

_____. Desenvolvimento e subdesenvolvimento. *Cinquenta anos de pensamento na Cepal*. Rio de Janeiro: Record, 2000. v. 2.

_____. *Em busca de um novo modelo – Reflexões sobre a crise contemporânea*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 2.

GELHORN, Walter et al. *Administrative law: cases and comments*. 9. ed. The Foundation Press, 1995.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes tributários: Súmula Vinculante 24 do STF exige exaurimento da via administrativa*. Disponível em:

<<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 7 out. 2013.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *As agências, essas repartições públicas. Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito penal: sobre a prestação jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Monopólio de atividade econômica. Petrobrás. Propriedade e empresa. Bens públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 222.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 3 maio 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Sanção penal e pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais brasileira: Algumas considerações*. Disponível em: <http://www.enm.org.br/?secao=mostra_biblioteca&bib_id=47&top=6>. Acesso em: 20 out. 2013.

HENRIQUES DA COSTA, Suzana. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2011.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.
- LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *O crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros.
- MARQUES GILBERTO, André. *O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Dialética, n. 228, p. 13-29, abr.-jun. 2002.
- _____. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros.
- _____. O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 10, p. 40-45, jan.-mar. 1995.
- _____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Dialética, n. 223, p. 133-152, jan.-mar. 2001.

- MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre o Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013.
- MATEO, Ramón Martín. *La crisis del servicio publico*. In: ATIENZA, J. C.; HERRERA, M. A. García. *Derecho y economía en el Estado Social*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 137-158.
- MATHEUS, Abel Moreira. *Campeões nacionais? Sim, como empresas com sucesso; Não, se forem à custa do proteccionismo*. Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Intervencoes_Publicas/Campeoes_Nacionais_e_Concorrencia.pdf>, último acesso em 24.6.2012>. Acesso em: 4 jul. 2012.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *As agências reguladoras e democracia. Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 1996.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 33-44, abr-jun. 1999.
- _____; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MIGOWSKI, Vinícius Fonseca. *A tutela da livre concorrência no direito penal contemporâneo*. Monografia. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/MH/monografia_.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2011.
- MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Disciplina jurídica da concorrência e o acesso às redes de telecomunicações. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 17, p. 25-55, 2003.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.
- NERY JUNIOR, Nelson, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- NOHARA, Irene Patricia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes (Orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. Introdução ao direito econômico. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.
- _____. et al. *Direito, pobreza, violência, corrupção*. São Paulo: Manole, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PAPP, Florian Wagner-von. *Criminal antitrust law enforcement in Germany*: “The whole point is lost if you keep it a secret! Why didn’t you tell the world, eh?”.

Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1584887>>. Acesso em: 20 out. 2013.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*.

São Paulo: RT, 2003.

PELLICER, Angel Blasco. *Sanciones administrativas en el orden social*. Valencia:

Tirant Monografias, 1998.

PEREZ, Adolfo Carretero; SANCHEZ, Adolfo Carretero. *Derecho administrativo*

sancionador. 2. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

PETTER, Josué Lafayete. *Direito econômico*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. atualizada

por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

POLANYI, Karl. *A grande transformação – As origens da nossa época*. 2. ed. Rio de

Janeiro: Campus, 2000.

POSNER, Richard A. The Constitution as an Economic Document. *George Washington*

Law Review, p. 56, 1987.

_____. *Overcoming Law*. Harvard University Press, 1995.

_____; LANDES, William M. The influence of Economics on Law: A Quantitative

study. *Journal of Law and Economics*, 36. ed., 1993, 385.

- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- QUIROGA, Jacobo López Barja de. El principio: non bis in idem. *Cuadernos "Luis Jimenez de Asúa"*, Madrid: Dykinson, 2004.
- RAMIRES, Eduardo Augusto. *Direito das telecomunicações: a regulação para a competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal contra a ordem tributária. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 47, out. 1996, p. 5.
- SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico* (direito e experiência antitruste no Brasil e EUA). São Paulo: RT, 1966.
- SEN, Amartya. *The Possibility of Social Choice* (Nobel Lecture). Trinity College, Cambridge, CB2 1 TQ, Great Britain: 1998.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; TOLEDO, Ricardo. Universalização dos serviços – propostas de mecanismos para monitoramento. In: IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Org.). *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 289-292.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

SIRAGUSA, Mario; BERETTA, Matteo; BAY, Matteo. Competition Law in Italy – The first 20 years of law and practice. Relatório produzido para o escritório Cleary Gottlieb. Disponível em: <www.cgsh.com>. Acesso em: 3 out. 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Gestão alternativa de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 219.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Constituição econômica* – estudos, movimento editorial da Faculdade de Direito – UFMG, 2000. p. 45-55.

_____. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Fundamentos do direito público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, n. 221, 2000.

_____. Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22, p. 5.

TRUBEK, David. *Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law*, in University of Wisconsin Law School – Legal Studies Research Paper Series, Paper n. 1075, 2009.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Ed. Fac-similar.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

YEBRA, Joaquin Mesenguer. *La caducidade en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Bosh, 2002.

Acórdãos

AC 1.657-MC, voto do Min. Cezar Peluso. Julgamento em 27.06.2007, publicado no *DJ* de 31.08.2007. Acesso em: 23 out. 2009 (“caso dos cigarros”);

ADI 1.950, Rel. Min. Eros Roberto Grau. Julgamento em 03.11.2005, publicado no *DJE* de 07.03.2008. Acesso em: 23 out. 2009 (“caso da meia-entrada”);

ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 08.05.2008, publicado no *DJE* de 17.10.2008. Acesso em: 21 out. 2009 (“caso do desconto em serviço de transporte rodoviário para pessoas com deficiência”);

ADI 3.112, voto do Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 02.05.2007, publicado no *DJE* de 26.10.20078. Acesso em: 22 out. 2009;

ADI 845, Rel. Min. Eros Roberto Grau. Julgamento em 22.11.2007, publicado no *DJE* de 07.03.2008. Acesso em: 22 out. 2009 (“caso do transporte coletivo”);

ADI 855/PR – Rel. Min. Octavio Gallotti. Julgamento em 06.03.2008 (“caso balança de gás”)

ADIn 1.918-1, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 01.08.2003 (“caso da gratuidade do estacionamento de estabelecimentos comerciais”);

ADPF 46, Rel. para acórdão Min. Eros Grau. Julgamento em 05.08.2009, *Informativo* 554. Acesso em: 21 out. 2009 (“caso dos correios”);

ADPF MC 45/DF, Rel. Celso de Mello, *DJ* 29.04.2004;

Ag. Reg. no REx 436.996-6/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 22.11.2005.

RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 05.12.2005, publicado no *DJE* de 24.03.2006. Acessado em 24.10.2009 (“caso das tabelas de preço”);

Ato de Concentração 08012.004117/99-67. Requerente: Bolsa Brasileira de Álcool Ltda. – BBA.

Inquérito 2424. Rio de Janeiro. Ministro relator: Cezar Peluso. Julgamento: 20.06.2007
Órgão Julgador: Tribunal Pleno

STA 118-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 12.12.2007, publicado no *DJE* de 29.02.2008. Acesso em: 21 out. 2009 (“caso dos pneus”);

STA 171-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 12.12.2007, publicado no *DJE* de 29.02.2008. Acesso em: 21 out. 2009 (“caso dos pneus”);

Súmula Vinculante 24. Supremo Tribunal Federal, Pleno. 02.12.2009