



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

SÉRGIO AUGUSTO LIGIERO GOMES

**A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E O SISTEMA HÍBRIDO DE
REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO**

Brasília

2011

SÉRGIO AUGUSTO LIGIERO GOMES

**A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E O SISTEMA HÍBRIDO DE
REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO**

**Monografia apresentada à Faculdade
de Direito da UnB, como exigência
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

FICHA DE APROVAÇÃO

**A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E O SISTEMA HÍBRIDO DE
REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO**

Aluno: Sérgio Augusto Ligiero Gomes
Matricula: 06/30004

Banca examinadora:

Antonio Augusto Brandão Aras
Orientador

Antonio de Moura Borges
Membro 01

Marcus Faro de Castro
Membro 02

Brasília, 12 de julho de 2011.

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao DANILO, meu querido filho, à MARLENE, minha querida esposa, à GICELDA, minha querida mãe, e, *in memoriam*, ao JOÃO, meu querido pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS, que com sua destra me tem sustentado, e às pessoas que me auxiliaram direta e indiretamente, em especial à Marlene ao Danilo.

RESUMO

Este trabalho analisa o sistema repressivo da tutela da livre concorrência no Brasil. A repressão é uma das dimensões básicas da política de defesa da concorrência. O sistema brasileiro combina duas esferas punitivas: a penal e a administrativa. A atuação destas duas formas de intervenção repressivas apresenta problemas de funcionalidade e legitimidade. Por meio da análise documental e da comparação das normas, avalia-se a racionalidade deste sistema híbrido. A análise sugere que sobreposições disfuncionais são resolvidas topicamente e por ajustes institucionais.

Palavras-chaves: livre concorrência, livre iniciativa, abuso do poder econômico, ilícito penal, ilícito administrativo.

ABSTRACT

This paper analyzes the repressive system of protection of free competition in Brazil. Repression is one of the basic dimensions of antitrust policy. The Brazilian system combines two spheres punitive: the criminal and administrative. The presence of these two forms of repressive intervention presents problems of legitimacy and functionality. Through documentary analysis and comparison of standards, we assess the rationality of this hybrid system. The analysis suggests that dysfunctional overlaps are resolved topically and institutional adjustments.

Keywords: free competition, free enterprise, abuse of economic power, criminal offense, unlawful administrative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - A natureza híbrida do sistema de repressão ao abuso do poder econômico...	10
1.1 Padrões de interação entre esferas penal e administrativo.....	12
CAPÍTULO 2 - Aspectos da função punitiva do Estado.....	17
2.1 A administrativização do direito punitivo.....	17
2.2 Síntese da evolução do modelo punitivo estatal	18
2.3 O contexto da sociedade de risco.....	20
2.4 A crítica à expansão do Direito Penal.....	21
2.5 As tentativas de distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.....	23
2.5.1 Principais critérios de distinção entre ilícito penal e administrativo.....	24
2.5.1.1 Os critérios qualitativos	24
2.5.1.2 Os critérios quantitativos de distinção.....	27
2.5.1.3 Os critérios mistos	28
2.6 A noção de bem jurídico	30
CAPÍTULO 3 - A ordem jurídica econômica e a livre concorrência	32
3.1 A tutela da concorrência no Brasil.....	36
3.2 Evolução da legislação.....	36
3.3 Elementos da política de defesa da concorrência no Brasil.....	37
3.3.1 As modalidades de controle do poder econômico.....	37
3.3.2 Os atuais instrumentos da política de defesa da concorrência.....	38
3.4 A disciplina jurídica do poder econômico.....	40
3.5 O poder econômico como componente estrutural da economia de mercado....	41
3.6 Livre iniciativa e livre concorrência.....	42
3.7 A função social da empresa.....	43
3.8 A noção de abuso de poder econômico	45
CAPÍTULO 4 - Os modelos penal e administrativo de repressão.....	47
4.1 Aspectos qualitativos e quantitativos.....	48
4.2 Os tipos de penas.....	50
4.3 Regimes de imputação.....	53
4.4 O elemento subjetivo.....	54
4.5 Fatores institucionais.....	54
CAPÍTULO 5 – Conclusões.....	56
BIBLIOGRAFIA.....	58

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 elegeu a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica (Art. 170) e determinou ao legislador ordinário a edição de leis para a repressão ao abuso do poder econômico (§ 4º do seu artigo 173).

O modelo repressivo estruturado pelo legislador para o combate ao abuso do poder econômico envolve um complexo institucional híbrido que cumula modelos jurídicos¹ de natureza penal (Lei 8.137/90) e administrativa (Lei 8.884/94).

O objetivo deste trabalho é analisar este caráter híbrido do sistema de repressão às condutas contrárias à livre concorrência.

Está estruturado em cinco capítulos. O primeiro capítulo problematiza o tema a partir das principais abordagens sobre a relação entre as esferas penal e administrativa.

O segundo capítulo situa o tema no contexto mais amplo das transformações sofridas pela função repressiva estatal na sociedade contemporânea. Nela demonstra-se que o hibridismo analisado se insere num processo mais amplo de expansão do sistema punitivo do Estado que, entre outras coisas, vem provocando a diluição das fronteiras entre direito penal e administrativo.

O terceiro capítulo trata dos aspectos básicos da defesa da concorrência no Brasil e desenvolve alguns conceitos centrais.

O quarto capítulo apresenta a comparativa dos pontos mais relevantes dos modelos de ilícitos previstos na Lei 8.137/90 e na Lei 8.884/90. O quinto capítulo apresenta as principais conclusões.

¹ A noção de modelo jurídico utilizada aqui é basicamente a de Miguel Reale: “...estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhes são próprios”. REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. 1ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 48.

CAPÍTULO 1 - A NATUREZA HÍBRIDA DO SISTEMA DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

Um dos efeitos da globalização econômica foi o paradoxo da diminuição da efetividade da intervenção do Estado com a crescente demanda pelo reforço de seu poder punitivo².

Esse reforço está relacionado ao surgimento de um contexto social marcado pelo sentimento crescente de insegurança e por situações de ameaça ou lesão a bens jurídicos difíceis de serem protegidos com os antigos métodos de tutela, como é o caso do meio ambiente e da ordem econômica.

A proliferação de demandas por intervenção estatal desencadeou um processo de expansão dos escopos do Direito Administrativo e do Direito Penal, impondo um enorme esforço de reestruturação analítica e dogmática.

Identificam-se três principais efeitos na esfera penal: 1 - a indiferença valorativa na tipificação de ilícitos baseada em padrões formalistas³ ou quantitativos⁴, que geram dificuldades de legitimação; 2 - a falta de zelo do legislador ordinário ao avançar em novos espaços de intervenção⁵; e 3 - a modificação da própria estrutura material dos tipos penais que passam a ser orientados à proteção de contextos cada vez mais genéricos. Este último efeito significaria a configuração de um direito de gestão punitiva de riscos gerais, conhecido na literatura como “administrativização” do direito penal⁶.

No âmbito Administrativo, a emergência de um Estado regulador que se vale de meios repressivos extrapenais na proteção de bens coletivos ou supra-individuais ampliou sensivelmente sua esfera punitiva de atuação, exigindo a combinação de parâmetros de efetividade e de garantias inviáveis numa visão tradicional de Direito Administrativo.

Nas situações mais aguda, como o caso espanhol, em que se registrou um desmesurado crescimento do poder sancionatório da Administração, inversamente àquela hipertrofia do Direito Penal, alguns autores recomendaram a “desadministrativização” da

² SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis nº 8.137/90 e 8.884/94. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (coord.). *Direito Penal Econômico - Análise Contemporânea*. São Paulo, FGV Law – Editora Saraiva, 2009, p. 149.

³ D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Jurídica*, ano 57, nº 375, jan., 2009, p. 108 e 113.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem, p. 107.

⁶ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

atividade sancionadora ou a sujeição desta a um regime de garantias próximo aos padrões do Direito Penal, envolvendo, por exemplo, o fortalecimento do princípio do *ne bis in idem*⁷.

Um dos efeitos dessa dupla expansão, penal e administrativa, na capacidade punitiva do Estado foi uma tendência de perda de identidade desses ramos do direito, com implicações para a natureza dos seus regimes jurídicos e possíveis problemas de legitimidade, racionalidade e efetividade da intervenção estatal⁸.

No caso brasileiro, a inflação normativa e a sobreposição de regimes punitivos alimentam arcabouços jurídicos e políticas públicas com duvidosas racionalidades. Na visão de STOCO, a tradição do direito brasileiro de repressão ao abuso do poder econômico tem sido marcada por um padrão de intervenção “atrabalhada e descriteriosa” do Estado na economia, por meio de variados veículos normativos de natureza penal e administrativa. Nas palavras do autor:

São tantas as leis repressivas prevendo, tipificando e apenando as mesmas condutas, que o interprete e o aplicador da lei já não mais compreendem qual verdadeiramente vige.⁹

Tal preocupação, contudo, não é restrita à defesa econômica. O fenômeno prolifera em outros âmbitos, como no direito ambiental¹⁰. Na verdade, afeta a legitimidade dos mecanismos repressivos e sua funcionalidade de uma forma geral.

O atual sistema de combate ao abuso do poder econômico se estrutura a partir de um complexo institucional que cumula mecanismos repressivos de natureza penal e administrativa previstos respectivamente na Lei 8.137/90 e na Lei 8.884/94.

O objeto de preocupação deste trabalho é exatamente essa cumulação híbrida dos modelo jurídico penal e do modelo jurídico administrativo. A princípio, a idéia de uma duplicação de esforços repressivos por parte do Estado faz supor a diferenciação e complementação dos modelos. É razoável supor que a inteligência do sistema de tutela articule as duas formas de intervenção com o fim de potencializar a proteção. Até porque, as duas leis principais que regem o tema em âmbito penal e no âmbito administrativo foram

⁷ MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 2, p. 27 – 40, abr/jun, 1993, p. 27 e 28.

⁸ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade de Risco”. Notas Sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. **Revista Liberdades - Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM** - nº 7 - maio-agosto de 2011. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf> Acesso em: 06.07.2011

⁹ STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 3, nº 11, p. 208 – 230, jul/set, 1995, p. 209.

¹⁰ Para uma análise da relação entre penal e administrativo na seara do direito ambiental: COSTA, Helena Regina Lobo da Costa. **Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo**.

editadas num lapso de apenas quatro anos, sugerindo alguma sintonia. As análises, contudo, divergem quanto ao significado desse modelo híbrido.

1.1 PADRÕES DE INTERAÇÃO ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVAS

A avaliação da convivência dos modelos repressivos penal e administrativo apresenta divergências. Em rápida síntese, esta seção apresenta as principais abordagens.

Uma primeira abordagem é a da (1) **independência das instâncias**. Segundo esta perspectiva, não haveria conflito ou integração entre os regimes, mas apenas uma harmonização necessária em função do princípio da unidade do sistema jurídico. Esta visão se respalda, ainda, na idéia de que os regimes cumprem funções de proteção distintas e no dogma da separação de poderes.

No caso da defesa da concorrência, MAIA¹¹ argumenta serem diferentes os ilícitos administrativos previstos na Lei 8.888/94 e os crimes previstos na Lei 8.137/90. As punições penais, civis e administrativas originadas de atividades contrárias à ordem econômica seriam respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos que podem incidir cumulativamente, não estando reciprocamente condicionadas. Por consequência, seria perfeitamente cabível a imposição de uma sanção numa esfera independentemente da apuração prévia dos mesmos fatos em outra esfera¹².

A única hipótese em que haveria a interferência seria no caso de uma sentença absolutória penal que reconheça expressamente a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Neste caso há efeitos de coisa julgada no juízo civil e impede a instauração da instância administrativo-disciplinar.¹³

A perspectiva da independência das esferas é predominante na jurisprudência brasileira, com acolhimento majoritário no STJ e no STF¹⁴. Fundamenta-se na idéia de independência das instâncias fiscalizadoras decorrente do princípio da separação de poderes. O princípio do *non bis in idem* é mitigado com base no argumento de que os fatos acabam adquirindo identidades diferenciadas a partir das distintas perspectivas normativas e das valorações autônomas.

¹¹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: O crime de Formação de Cartel**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2008, p.110 e 111.

¹² Ibidem, p.114.

¹³ Idem.

¹⁴ São decisões paradigmáticas neste sentido: STJ 5ª Turma - HC 42305; STJ 5ª Turma - HC 20.555; STJ, 5ª Turma - MS 4736, 27.05.2003; e STF 1ª Turma - HC 62196, MG.

Contudo, esta perspectiva apresenta problemas e tem sido objeto de discussão, conforme salienta OSÓRIO:

Há uma discussão sobre o impacto da soma das penas nos direitos fundamentais, à luz de valores ligados à racionalidade e proporcionalidade das sanções. A segurança jurídica entra em cena na medida em que punições múltiplas, para fatos unitários, costumam ensejar altos níveis de perplexidade e imprevisibilidade de condutas proibidas e sancionáveis. Os riscos de contradições e incoerências também ganham vulto, assumindo dimensões incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe compromissos com os direitos fundamentais e com a boa fé objetiva dos acusadores e julgadores, não importa a origem de suas Instituições.¹⁵

Uma possível explicação para a prevalência dessa visão seria seu pragmatismo, já que ela surge como uma resposta possível do sistema às demandas crescentes e à dinâmica das acomodações que marca a relação entre modelos jurídicos repressivos. Como observa OSÓRIO:

Não há dúvidas de que a multiplicação de instâncias reduz os direitos de defesa e as imunidades dos acusados em geral, podendo repercutir na diminuição dos índices de impunidade, em tese. Esta tem sido a lógica inerente ao princípio da independência das instâncias, majoritariamente acolhido pelo STF, STJ e Tribunais inferiores.¹⁶

O pano de fundo dessa lógica pode ser vislumbrado com um olhar mais próximo da realidade, como propõe OSÓRIO, que permita enxergar as dificuldades operacionais das instâncias administrativas e as fragilidades do sistema penal, por decorrência de fatores processuais combinados com uma tendência de postura vacilante dos juízes¹⁷.

É possível vislumbrar fissuras na perspectiva da independência, até pelo próprio desgaste do princípio da separação de poderes no qual está baseada. São aberturas em planos de direito material e processual, como se vê na abordagem seguinte.

Uma segunda abordagem é a da **(2) interdependência**. Nesta visão, são destacados aspectos que apontam para as conexões técnico-jurídica e institucional entre os sistemas. Um desses aspectos são os efeitos de caráter administrativo e civil das sentenças penais condenatórias, conforme previstos nos arts. 91 e 92 do Código Penal. Nas palavras de OSÓRIO:

Quer-se dizer que há sanções administrativas que integram as consequências das sentenças penais condenatórias. Isto não as torna sanções penais, mas revela uma interdependência entre as instâncias e uma certa maleabilidade do Judiciário para aplicar sanções não penais no bojo de sentenças penais condenatórias¹⁸.

¹⁵ OSÓRIO, Mario Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2º edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 338.

¹⁶ Ibidem, p. 348.

¹⁷ Ibidem, p. 344 – 345.

¹⁸ Ibidem, p. 347.

Em âmbito tributário, o STF já relativizou a independência entre as esferas penal e administrativa no HC 81.611-8 DF de 2003¹⁹, no qual se entendeu o processo administrativo suspende o curso da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. Entretanto, na área da concorrência, o entendimento do STJ no HC 42.305²⁰ considerou que a apreciação administrativa sobre a existência de abuso de poder econômico não é condição objetiva de punibilidade, mas uma valoração acerca daquilo que coincide com o elemento do tipo.

Mas há um exemplo importante no direito da concorrência que é o acordo de leniência que ocorre em sede administrativa, mas tem efeitos penais. A celebração do acordo de leniência tem por efeitos a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, o acordo de leniência provoca a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Além disso, cumprido o acordo pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes²¹.

Na visão de OSÓRIO²², em sede de processo, haveria a tendência de construção de uma dogmática processual unitária, comprometida com o Direito Processual Punitivo. Sintoma disso seria o fato do Código de Processo Penal²³ estabelecer procedimentos a serem adotados na comunicação de decisões às instâncias competentes.

Um desdobramento da corrente da interdependência seria a visão da (2a) **acessoriedade do direito penal** que pode ser entendida de duas formas.

A primeira forma de ver a acessoriedade se vale do princípio da legalidade em sentido amplo e entende haver uma imbricação de esferas normativas, com eventual limitação ou dependência de um dado preceito penal em relação a uma norma administrativa²⁴.

Tratando do tema ambiental, COSTA²⁵ observa uma dependência da esfera penal com relação à esfera administrativa nos tipos penais da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) que remetem a atos administrativos. Segundo a autora a complementariedade do direito administrativo na definição do tipo penal ambiental pode ocorrer de três formas: via conceito, via norma ou via ato administrativo concreto.

¹⁹ STF, Pleno, DJ 19.12.2003.

²⁰ STJ, 5ª Turma, DJU 5.9.2005.

²¹ Artigos 35-b e 35-c da Lei 8.884/94.

²² OSÓRIO, Op. Cit., p. 347.

²³ O CPP também regula as relações com esfera civil nos arts. 64 a 67.

²⁴ MAIA, op. cit., p. 117.

²⁵ COSTA, op. cit.

A segunda forma de ver a acessoriedade trabalha com a noção de administrativização do Direito Penal segundo a qual os tipos penais seriam, na verdade, normas de intervenção administrativa²⁶. Esta noção é tratada adiante.

A terceira abordagem da relação entre as esferas é a que identifica o (3) **conflito de esferas** quando elas tomam por objeto as mesmas condutas. Haveria sobreposição de regimes que poderia redundar em dupla intervenção no mesmo caso concreto.

A coexistência de dois regimes regendo as mesmas condutas colocaria o direito penal numa condição de mero reforço, gerando incompatibilidades e irracionalidades, com riscos para garantias fundamentais²⁷.

Os representantes desta vertente pugnam pelo fortalecimento da aplicação do princípio do *non bis in idem*, por maior segurança jurídica e pela melhor delimitação das esferas²⁸.

Nessa linha, SICA²⁹ defende a tese do *abolitio criminis*. Segundo o autor, a Lei 8.884/94 é mais específica, regulou o tema do ilícito na concorrência e foi editada posteriormente, teria, portanto, derogado a parte dos crimes contra a concorrência da Lei 8.137/90³⁰.

Uma última abordagem a merecer destaque considera haver uma (4) **dupla inadequação** tanto do Direito Penal como do Direito Administrativo Sancionador para tratar dos ilícitos contrários a ordem econômica. Seria necessária uma terceira via. Nessa linha, REALE JR propõe uma terceira via alternativa ao Direito Penal e ao Direito Administrativo a repressão às infrações econômicas.³¹

Esta terceira via seria o Direito de Intervenção, proposto por W. Hassemer, que se situaria entre a rigidez do Penal e a fluidez do Administrativo. Ele não aplicaria as sanções pesadas do Penal, como a privação da liberdade, e seria mais flexível nas garantias.

REALE JR defende uma Parte Geral nas leis tipificadoras das infrações administrativo-penais, contendo garantias semelhantes ao Direito Penal e princípios

²⁶ BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal Lineamentos de Uma Teoria do Bem Jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 5, 1994, p. 12.

²⁷ SICA, op. cit., p. 156.

²⁸ MIR, op. cit., p. 32.

²⁹ SICA, op. cit., p. 163.

³⁰ Contudo, essa interpretação deixa escapar que a Lei 8.884 revogou a Lei 4.137/62, considerada a primeira lei da concorrência brasileira, que possuía texto normativo muito próximo ao da lei 8.137/90 e era anterior a esta. Nem por isso se considerou que a Lei 8.137/90 tenha retirado a Lei 4.137 do ordenamento. Além disso, a Lei 8.884/94 alterou expressamente a Lei 8.137/90 naquilo que pretendia.

³¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 28, Revista dos Tribunais.

ordenadores do conjunto normativo. Além disso, defende a despenalização dos ilícitos relativos ao abuso do poder econômico. Conclui o autor:

... é essencial destacar que a "despenalização" dos crimes econômicos, relativos ao abuso do poder econômico, deve andar de par com a elaboração de uma nova "lei antitruste", instituindo-se uma parte Geral e com especial atenção à descrição típica estrita das condutas infracionais. É este o primeiro passo para se construir um Direito Administrativo-Penal, formado, no futuro, por um conjunto de leis de defesa da ordem econômica, do meio ambiente, da saúde pública.³²

A apresentação dessas quatro abordagens não pretende esgotar as visões existentes, mas apenas trazer para discussão as que são mais relevantes para o trabalho. Além disso, elas não são se tratadas aqui como hipóteses teóricas excludentes, mas como visões do problema que permitem contextualizar a discussão e os principais aspectos da compreensão da questão.

³² Idem.

CAPÍTULO 2 – ASPECTOS DA FUNÇÃO PUNITIVA DO ESTADO

O poder punitivo (*ius puniendi*) consiste na capacidade do Estado de, por meio de seus órgãos, criar e aplicar punições, com formas e finalidades legitimamente estabelecidas, voltadas a consecução dos objetivos sociais.

Trata-se de uma das manifestações mais severas de intervenção estatal. Reflete diretamente a noção do Estado como detentor do monopólio do uso legítimo da força³³, sendo uma manifestação da própria soberania.

Em função da necessidade de conformação e estabilidade da soberania estatal, uma das características do poder punitivo é a unidade, muito embora seu exercício possa se dar de formas variadas, a partir de diferentes modelos de sanções administrativas e penais.

A razão da existência desse hibridismo parece estar no descompasso entre os instrumentos do direito e do Estado e as crescentes demandas da sociedade por tutelas repressivas. Uma das principais manifestações dessa defasagem é fortalecimento do modelo administrativo no exercício do poder punitivo do Estado.

2.1 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DA FUNÇÃO REPRESSIVA

BARATTA³⁴ caracteriza como administrativização do direito penal o fenômeno que indica dois fatos. O primeiro deles é o surgimento de normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas. Seria uma situação de acessoriedade administrativa no qual não existiria uma norma social que sirva de base à norma penal.

O segundo fato é que os tipos penais novos se pareceriam, cada vez mais, na sua forma, com as normas de intervenção da administração pública. As normas penais se transformariam em instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais.

Um efeito seria a expansão da competência e discricionariedade da magistratura, gerando o que o chamou de “direito penal jurisprudencial” que encontraria respaldo numa técnica legislativa rica em conceitos indeterminados e cláusulas abertas.

Para SANCHEZ, a administrativização do Direito Penal se insere no processo expansivo deste direito que o converte num sistema de gestão ordinária dos problemas sociais.

³³ Segundo WEBER: “...o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território.” WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5ª edição, Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1982, Capítulo IV – A política como vocação, p. 98.

³⁴ BARATTA, op. cit., p. 12.

Ocorre que em várias ocasiões o processo de expansão provoca a justaposição das funções repressivas do direito penal e do direito sancionatório em geral, tornando-se muito difícil estabelecer diferenças teóricas entre o direito penal e os outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito administrativo sancionatório e o direito policial de prevenção de perigos. Trata-se, na sua visão, de um processo progressivo de diluição destas fronteiras.³⁵

Na visão de SÁNCHEZ J., seria uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção da forma de racionalizar própria do administrativo que consistiria em considerar a lesividade global derivada de acumulações ou repetições de condutas. Assim, não somente o Direito Penal estaria assumindo o modo de racionalizar do Direito Administrativo sancionador, mas também se convertendo em um direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais³⁶.

A partir do diagnóstico traçado por estes autores é possível falar numa expansão do paradigma administrativista de modelagem da função repressiva do Estado. Ou seja, uma tendência de atração para modelos de intervenção repressiva baseados na lógica e dinâmica administrativas.

Aspecto importante é que isto tende a ocorrer não em razão de um retrocesso autoritário de busca da supressão das conquistas civilizatórias do Estado Liberal e sim em decorrência da necessidade e dificuldade em lidar com problemas coletivos que também põe em questão, de forma mais grave e visível, aquelas conquistas.

A abordagem adequada do objeto da investigação deste trabalho requer, portanto, a articulação de algumas noções chaves do fenômeno acima descrito. Com este objetivo, as próximas seções tratam, em linhas gerais, da evolução do sistema punitivo do Estado contemporâneo.

2.2 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO DO MODELO PUNITIVO ESTATAL

Por razões históricas relacionadas à formação e evolução do conjunto estrutural do Estado de Direito, o modelo penal tem precedência na configuração do sistema punitivo estatal. De forma que seguir sua evolução é um caminho útil para se rastrear as principais questões relativas ao sistema punitivo estatal como um todo e em particular no tocante à defesa econômica.

³⁵ NAUCKE, W. apud SANCHEZ, Op. Cit., p. 24.

³⁶ SANCHEZ J., Op. Cit., p, 155-156.

A mudança do paradigma penal de uma perspectiva marcada por noções religiosas para uma visão laica, inspirada no iluminismo, significou uma redução do papel da Igreja e a absorção pelo Estado da função punitiva. Também significou uma restrição de escopo, na medida em que somente o direito e o interesse individual seriam passíveis de dignidade penal, pois o direito subjetivo passava a ter papel fundamental na organização da sociedade³⁷.

Nessa perspectiva inicial, o Direito Penal teve seu escopo restrito aos direitos subjetivos, não cabendo sua utilização na tutela de interesses coletivos. A sensibilidade do Estado para com a lesão deveria se ater à violação do direito subjetivo³⁸.

Com o surgimento da teoria do bem jurídico, o modelo de crime como ofensa a direito subjetivo perde espaço. Na teoria da proteção dos bens jurídicos, o crime é consubstanciado pela ofensa, por via de dano ou perigo, a interesses que a sociedade escolhesse tutelar³⁹. Esta teoria tende a ampliar a função do Estado aproximando o bem comum como objeto da conduta criminosa o direito⁴⁰.

Será LISZT quem apresentará uma doutrina material sobre o bem jurídico como interesse juridicamente protegido, considerado indispensável à convivência social que precederia a atividade legislativa. Nesta ótica, não caberia ao legislador criar interesses relevantes, mas apenas identificá-los e tratá-los como categoria de bem jurídico. Isto ainda será suficiente para a criação de bases da legitimidade da criminalização, como demonstrou a experiência nazista⁴¹.

A adoção do princípio da ofensividade, como complemento à teoria do bem jurídico, significará um importante passo no estabelecimento de critérios de legitimação da atividade punitiva⁴². Na medida em que a tutela penal atinge um bem tão precioso como a liberdade humana, entende-se que a restrição a este bem deve ser justificada pela proteção a um bem de igual ou superior valor. Nesses termos, não bastaria um assento constitucional do bem jurídico a ser protegido, este deverá ser algo indispensável para a sociedade⁴³.

Esta combinação da ofensividade com o bem jurídico terá duplo efeito de garantia, pois nem um bem de valor duvidoso poderá ser alçado à categoria de bem jurídico com tutela

³⁷ D'AVILA apud MIGOWSKI, Vinícius Fonseca. **A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO**. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/prêmios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/MH/monografia_.pdf> Acessado em: 06.07.2011, p. 5.

³⁸ FERRAJOLI apud idem.

³⁹ D'AVILA apud idem.

⁴⁰ PRADO apud MIGOWSKI, ibidem, p. 6.

⁴¹ LUISI Apud MIGOWSKI, ibidem, p. 7.

⁴² MIGOWSKI, Op. Cit., p. 8.

⁴³ D'AVILA Apud MIGOWSKI, idem.

penal, nem o legislador poderá a seu próprio interesse atribuir dignidade penal a um bem qualquer⁴⁴.

Alguns fatos importantes colocarão novos ingredientes nessa evolução.

As transformações decorrentes da industrialização e de outros fenômenos sociais ocorridos no século vinte fizeram o Estado assumir novos papéis. A Administração Pública passou a intervir de forma acentuada na proteção antecipada dos direitos subjetivos, inclusive por meio de modelos penais, fazendo surgir um Direito Penal Administrativo (19), diferenciado do Direito Penal de Justiça (20).

Nesse contexto, o bem jurídico deixou de ser meramente individual, passando a representar interesses supraindividuais, condizentes com a noção de sociedade do risco 24, identificada como proveniente dos desafios alçados à sociedade global através da transformação das ameaças civilizatórias da natureza em ameaças sociais, políticas e econômicas.

Esta tendência de tutela de bens jurídico-penais supraindividuais enseja discussões sobre a preservação de garantias dos princípios tradicionais do Direito Penal e sobre o significado da utilização do modelo jurídico penal como meio de promoção de políticas de tutela a bens supraindividuais.

2.3 O CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO

A noção de sociedade do risco, difundida por Ulrich Beck⁴⁵, apresenta repercussões no campo jurídico.

Nessa visão, a sociedade contemporânea seria caracterizada por um ambiente econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade⁴⁶, com efeitos positivos e negativos. Os efeitos positivos estariam ligados ao aumento de bem estar dos indivíduos. Os efeitos negativos estariam relacionados, entre outras coisas, a origem dos novos riscos que seriam oriundos da própria atividade humana.

Um ponto chave é a configuração que o risco nesse contexto. Como destaca SANCHEZ J., o risco de procedência humana torna-se fenômeno social estrutural, pois boa parte

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ SANCHEZ J., op. cit., p. 35.

⁴⁶ Idem.

das ameaças aos indivíduos provém de decisões humanas adotadas no manejo dos avanços técnicos⁴⁷.

Assim, o progresso tecnológico faz surgir modalidades delitivas dolosas de novo cunho. Os delitos de resultado/lesão vão sendo considerados insatisfatórios como modelo, dando espaço aos chamados tipos de perigo e a configurações mais abstrata e formalista⁴⁸.

Nesse contexto, a dimensão subjetiva ganha proporções. O sentimento de insegurança aumenta a demanda por medidas preventivas e repressivas, muitas vezes dirigidas ao Direito Penal⁴⁹.

Entre os efeitos desse crescimento de demanda cabe destacar: a eliminação dos espaços de risco permitido ao crescente incremento da apreciação de infrações de deveres de cidadão; a tendência à construção cada vez mais ampla da comissão por omissão em virtude de “ingerência”; e o incremento da tipificação de delitos de perigo e de uma legislação simbólica⁵⁰.

Conforme observa SANCHEZ, algo evidente nesse contexto é o impacto sobre a função punitiva do Estado. Esclarece o autor:

... o direito penal criado para estabilizar as sociedades industriais, que teve sua origem no século XIX, já não é válido quando esse modelo entra em crise, como demonstra uma leitura da obra de BECK. Se o paradigma social mudou, como têm tentado fazer ver as ciências sociais, e a sociedade vigente já não corresponde ao modelo de sociedade industrial, consequentemente, o direito penal terá que acompanhar essa mudança de paradigma.⁵¹

Ou seja, na medida em que essa sociedade do risco impõe mudança nas estratégias preventivas públicas, alterando o padrão de intervenção do Estado, demandando cada vez mais da função punitiva, o direito penal e o direito administrativo têm de se adequar a essa dinâmica evolutiva, processá-la internamente de acordo com seus fins e funções.

2.4 A CRÍTICA À EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

A perspectiva de adequação do direito penal às novas condições sociais sofre importantes resistências. Segundo SANCHEZ, a principal delas seria oriunda da denominada “escola de Frankfurt” que procura denunciar a funcionalização do direito penal. Diz o autor:

⁴⁷ Ibidem, p. 36.

⁴⁸ Ibidem, p. 38.

⁴⁹ Ibidem, p. 51.

⁵⁰ Ibidem, p. 62.

⁵¹ SANCHEZ, op. cit., p. 35.

... Segundo este movimento político-criminal, as características da sociedade moderna como sociedade do risco vêm provocando a desnaturalização do direito penal para adequá-lo às características ou necessidades do dito modelo de sociedade; por isso, junto ao núcleo de direito penal, existiria um novo direito penal que pretende resolver determinados problemas estruturais das sociedades contemporâneas caracterizadas como sociedades do risco. Tal sociedade, como modelo macrosociológico, vê-se definida pelo fato de que existem riscos difusos e coletivos de procedência humana que têm um caráter estrutural. Estes riscos não são nem podem ser imputados objetiva e individualmente e, por isso, obrigam a modificar os critérios de causalidade e responsabilidade, embora, em última instância, dependam de decisões humanas. Isto condiciona aquilo a que os membros do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt denominam o novo direito penal.⁵²

SANCHEZ argumenta que a Escola de Frankfurt toma por referência o direito penal do risco, passível de críticas como a instrumentalização eleitoral ou partidária do direito penal face a normas simbólicas, mas ele dirige sua crítica ao “Direito penal moderno” como um todo, atribuindo a este a situação insustentável por ser configurado fora do modelo liberal-clássico e por suas tendências intervencionistas e expansionistas.

Sinteticamente, a escola de Frankfurt apresenta as seguintes características negativas do novo Direito Penal:

- a) Trata-se de um direito penal expansivo, que tem os delitos de perigo abstrato como paradigma ou figura mais representativa deste moderno direito penal;
- b) Os comportamentos passam a ser criminalizados não porque são socialmente inadequados, mas para que passem a sê-lo. Assim, direito penal é utilizado como instrumento de transformação social através da funcionalização dos bens jurídicos;
- c) Trata-se de um direito penal principalmente preventivo orientado à redução de riscos e a uma intervenção que proporcione segurança.
- d) Este novo direito penal levanta sérias objeções político-criminais na medida em que os problemas se mantêm sem solução, enquanto o perfil de um direito penal próprio de um Estado liberal vai desaparecendo em prol de um perfil de Estado de segurança. São penalizações de caráter formal, pouco efetivas, com tendência a operar como controle social de forma mais simbólica do que coerciva ou instrumental;
- e) O novo direito penal do risco restringiria as garantias político-criminais clássicas e as garantias processuais.

O problema é que este diagnóstico ataca tanto a funcionalização social como a funcionalização política do direito penal. A funcionalização social é construída com a crescente criação de bens jurídicos abstratos, sem referente individual e com a abstração da proteção de bens jurídicos clássicos mediante delitos de perigo. A funcionalização política se

⁵² Ibidem, p. 27.

dá pela configuração de um direito penal simbólico que não cumpre os fins legítimos do direito penal.

O ponto é que, embora algumas considerações daquela escola tragam questões pertinentes, elas têm o inconveniente de ignorar o problema concreto que está por trás da expansão do direito penal.

O Estado continua a ser demandado pelos cidadãos e pela sociedade como figura central para a solução dos novos problemas. É real a necessidade de novos tipos de intervenção frente aos novos problemas sociais, em especial quando se trata dos riscos gerados pelo grande capital. E, entre os instrumentos de que dispõe o Estado para enfrentar tais desafios, estão os modelos repressivos.

A réplica à escola de Frankfurt é que ela envereda por um idealismo minimalista que nega a relevância de problemas reais das sociedades complexas e propõe um direito penal disfuncional, pensado para contextos históricos completamente distintos⁵³.

2.5 AS TENTATIVAS DE DISTINÇÃO ENTRE O ILÍCITO PENAL E O ILÍCITO ADMINISTRATIVO

As noções e fenômenos analisados até aqui levam a identificar a tendência para adoção de modelos de intervenção repressiva com lógica e dinâmica administrativas. Um dos efeitos é empurrar o direito penal e o direito administrativo para uma zona de indistinção que pode atrair sérios problemas de legitimidade.

Uma forma de conferir o significado dessa perda de fronteiras na configuração de um modelo híbrido de repressão estatal, como é preocupação desse trabalho, é a análise de um dos componentes nucleares das identidades desses ramos: o ilícito.

Além de ser central na caracterização de um modelo jurídico repressivo, a noção de ilícito é tem relação direta com a legitimação do grau repressivo da cada modelo punitivo.

Segundo MIR, o problema da distinção entre ilícito penal e administrativo surge pela primeira vez no Estado liberal, quando o Direito Penal se converte no autêntico expoente do Estado de Direito, vinculando o exercício do *jus puniendi* ao princípio da legalidade, restringindo o espaço punitivo da Administração⁵⁴.

A identificação de critérios consistentes na distinção dos ilícitos tem relação direta com a possibilidade de definir parâmetros racionais que impliquem em limites ao poder

⁵³ Ibidem, 43.

⁵⁴ MIR, op. cit., p. 27.

público na modelagem e utilização de níveis maiores ou menores de repressão. Sem tais parâmetros, tende-se a recepcionar os ilícitos num espaço de indiferença que dá ao legislador ordinário a livre disposição para construções de natureza meramente formal⁵⁵.

Contudo, apesar da sua importância, a discussão é tormentosa, pois a literatura demonstra que as tentativas de delimitação entre o ilícito criminal e o ilícito administrativo obtiveram pouco sucesso⁵⁶.

2.5.1 PRINCIPAIS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO PENAL E ADMINISTRATIVO

Uma forma de sistematizar as tentativas de distinção dos ilícitos penal e administrativo é organizá-las a partir de critérios de natureza qualitativa e critérios de natureza quantitativa. Os critérios qualitativos tomam um parâmetro de **base ética, centrada no injusto**, e atribuem ao ilícito penal o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico e ao ilícito administrativo o caráter de um ato de desobediência eticamente neutro. O outro grupo de critérios procura fazer a diferenciação **quantitativa** dos ilícitos. Nesta perspectiva, o fator característico do ilícito administrativo seria possuir um menor grau de injusto.

2.5.1.1 OS CRITÉRIOS QUALITATIVOS

Uma das primeiras e importantes tentativas de distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo foi proposta por GOLDSCHMIDT e está materialmente fundada na oposição entre dano (de *damnum emergens*) e ausência de benefício (*lucrum cessans*)⁵⁷.

Para GOLDSCHMIDT, somente diante de um *damnum emergens* pode-se falar em um ilícito com dignidade penal. A noção de *damnum emergens* pode ser sintetizada como uma insurreição de um portador de vontade contra a vontade geral. Haveria, por um lado, um dano à esfera de poder de um outro portador de vontade expressa juridicamente em um efetivo dano ao bem jurídico tutelado. Por outro lado, haveria a lesão geral representada pela própria norma.

⁵⁵ D'AVILA, op. cit., p. 108.

⁵⁶ MIR, op. cit., p. 32.

⁵⁷ A distinção foi elaborada em 1902, por **James Goldschmidt**, no escrito *Direito Penal Administrativo*. A apresentação aqui está baseada em D'AVILA, op. cit., p. 108.

Nesta visão, ocorreriam duas dimensões ofendidas simultaneamente por meio da violação conjunta tanto do preceito normativo (dimensão formal) quanto do seu objeto de proteção (dimensão material).

A noção de *lucrum cessans* seria a característica distintiva do ilícito com natureza administrativa. Este seria desprovido de ofensa a um bem jurídico, mas erigido à idéia de promoção de interesses públicos.

Assim, o ilícito penal alcançaria tal legitimidade quando além da oposição ao preceito normativo (dimensão formal) teria seu objeto seu objeto de proteção violado na forma de uma ofensa a bem jurídico (dimensão material), o *damnum emergens*. O ilícito administrativo seria desprovido de bem jurídico, bastando o não atendimento das exigências normativas de promoção para caracterizar *lucrum cessans*.

JOANNIS CARMIGNANI propõe a distinção entre ilícito penal (crimes propriamente) e ilícito administrativo (crimes de polícia) a partir da noção de ofensividade. A diferenciação seria baseada numa orientação teleológica, ligada à antinomia entre necessidade de repressão e utilidade de criação⁵⁸.

Os crimes propriamente ditos teriam sua razão de ser na lesão à segurança. Trata-se da oposição à destruição de um direito inerente à natureza do homem ou da sociedade. Os crimes de polícia não passariam de lesões à prosperidade. Sua previsão se legitima pela necessidade de uma melhor e mais perfeita ordem social. Diante de sua ausência ainda haveria vida, mas não na perfeição possível. Mas a não proibição à lesão a segurança acarretaria o comprometimento da continuidade da vida⁵⁹.

WOLF adota um critério filosófico-jurídico segundo o qual a diferenciação se daria pela referência aos valores supremos pelos quais devem se orientar a Administração (o bem estar) e o Direito (a justiça)⁶⁰. Esta perspectiva é atacada por MIR que indaga se seria possível a Administração não se orientar pelo valor de justiça. Além disso, o Estado estaria vinculado ao bem comum e este inclui o valor da justiça⁶¹.

DIAS propõe o critério qualitativo baseado no (dês)valor ético-social da conduta em si. Ele concorda com a idéia de que não se pode falar de um ilícito ético ou socialmente indiferente, mesmo em plano administrativo. Mas seria possível identificar uma diferença de

⁵⁸ A distinção foi elaborada em 1833, por **Joannis Carmignani**, no escrito *Juris Crimnis Elementa*. A apresentação aqui está baseada em D'AVILA, op. cit., p. 110.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Ibidem, p. 29.

⁶¹ Idem.

desvalor ético-social entre o ilícito penal e o de mera ordenação se consideradas em si mesmas antes da valoração legislativa⁶².

Haveria, então, condutas que seriam axiológico-socialmente relevantes que dariam origem a ilícitos penais e condutas axiológico-socialmente neutras que originariam ilícitos de mera ordenação. O desvalor ético-social destas surgiria apenas a partir da proibição legal⁶³.

No que diz respeito ao bem jurídico, DIAS entende que não seria sustentável afirmar que não haveria, nos ilícitos administrativos, a tutela de bens jurídicos, pois todo ilícito ofende bem jurídico protegido. Mas, de novo, haveria diferenças nesses bens. No ilícito penal, o bem jurídico teria existência independente da proibição e no ilícito administrativo só haveria o bem quando da previsão legal.

COSTA também trabalha com a questão da valoração ético-social como critério central, mas o faz com base em pólos agregadores que originam campos de normatividade diferenciados. A partir da noção de cuidado-de-perigo, vislumbram-se relações normativas de primeiro e de segundo graus. Na relação de primeiro grau há a intencionalidade que determina o direito penal e que surge da matriz comunitária e é mediatizada pelo Estado, detentor do *ius puniendi*. Na relação de segundo grau, há a intencionalidade própria da mera ordenação social, que parte do próprio Estado e é por ele mediatizado, na lógica de cuidar preventivamente.

D'AVILA toma o direito penal a partir do objeto da norma, o ilícito⁶⁴. Ele adota uma concepção ontoantropológica e procura se afastar de uma tendência funcionalista que tenta explicar o direito penal a partir das consequências jurídicas da sanção criminal.

Segundo D'AVILA, a concepção ontoantropológica do Direito Penal deve ser percebida e recepcionada juridicamente por meio do que chama modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais. Essa noção conjugaria dois movimentos: a – atribuir ao ilícito uma posição privilegiada na estrutura dogmática do crime; e b – propor a noção de ofensa a bens jurídicos e resultado jurídico como pedra angular do ilícito-típico⁶⁵.

A restrição da pena à liberdade só será legítima para a tutela de particulares bens jurídicos, de bens providos de uma significativa e suficiente consistência axiológica, bens dotados de dignidade jurídico-penal. O argumento básico de D'AVILA é que:

⁶² D'AVILA, op. cit., p. 114.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Ibidem, p. 117.

⁶⁵ Ibidem, p. 118.

... se toda incriminação resulta em uma forte limitação à liberdade de agir – a tipificação é, se bem a vemos, um processo de ponderação de bens, no qual a liberdade cede em prol da tutela de um outro valor como a vida, no homicídio; o patrimônio, no furto; etc. -, esta limitação, de modo a respeitar a condição de direito constitucional fundamental do bem jurídico liberdade, deve atender a pressupostos mínimos, entre eles a tutela exclusiva de valores dotados de nível constitucional – isto é, de valores que se encontram em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional – e detentores de um tal conteúdo axiológico que justifique a forte restrição à liberdade ocasionada pela incriminação⁶⁶.

Como os interesses administrativos seriam insuficientes para configurar um bem jurídico-penal, eles não apresentariam a ofensividade necessária para caracterização, estariam excluídos da possibilidade de serem substrato suficiente para a incriminação⁶⁷.

A exigência de ofensividade, que é uma imposição constitucional, leva, na ótica de D´AVILA⁶⁸, a dois níveis de valoração para a verificação e aceitação de um ilícito-típico em âmbito criminal: um primeiro nível no qual se verificará a existência de um bem jurídico-penal como objeto de proteção da norma e um segundo nível no qual se verificará a existência da ofensividade como resultante da relação entre a conduta típica e o objeto da tutela⁶⁹.

Não seria suficiente o bem ser dotado de dignidade penal, sendo necessário, ainda, que tivesse sofrido concretamente um dano/violação, para crime de dano, ou um perigo/violação, para crime de perigo (concreto ou abstrato)⁷⁰.

2.5.1.2 OS CRITÉRIOS QUANTITATIVOS DE DISTINÇÃO

Na visão de MISTCH, a relação entre a ilicitude penal e a administrativa seria de *plus/minus*. A infração administrativa seria apenas um ilícito no quais as características “penais” estão presentes em proporções mais brandas. Seria uma infração marcada apenas por um conteúdo de culpabilidade e ilicitude suaves, relativamente à sanção penal⁷¹.

A infração administrativa também buscaria tutelar bem jurídico e não se limitaria a valores supra-individuais. Bens individuais também poderiam ser objeto de sua tutela. Mas haveria a particularidade de ser um bem jurídico de menor valor ou uma exposição menos

⁶⁶ D´AVILA, op. cit., p. 119.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ibidem, p. 119.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ D´AVILA, op. cit. p. 112.

prejudicial como, por exemplo, uma hipótese de perigo abstrato, um ato preparatório no lugar de tentativa, uma menor censurabilidade do fato⁷².

MIR considera insatisfatória a afirmação de que o ilícito administrativo seria ético-social ou culturalmente indiferente. Concorde com WELZEL, para quem o legislador não estabelece mandatos ou proibições apenas para exigir obediência, mas para criar um estado ou situação valiosa ou impedir um dano⁷³.

Haveria, então, entre os ilícitos, uma gradação a partir da seguinte escala de valoração assim descrita:

A partir do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas perpassa uma linha contínua de um ilícito material que se vai atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente. A maior parte das vezes é a distância do setor vital respectivo que induz os juristas a pensarem que o injusto de uma contravenção determinada é puramente formal⁷⁴.

MIR também discorda da exclusão do conceito de bem jurídico do âmbito administrativo, pois não seria possível estabelecer diferença entre os interesses da Administração tutelados pelo Direito e o restante dos bens jurídicos⁷⁵.

Para MIR o delito penal e o delito administrativo teriam conteúdo material semelhante e a mesma estrutura lógica. Tanto a sanção administrativa como a pena ambas encontrariam justificação unicamente na sua proporção à gravidade da infração e em sua necessidade. As diferenças, portanto, seriam apenas quantitativas⁷⁶.

2.5.1.3 OS CRITÉRIOS MISTOS

Segundo D'AVILA, a distinção quantitativa se encontraria mitigada em algumas elaborações que fazem o reconhecimento de uma dimensão qualitativa. Assim, no caso Alemão, em que pese o poder do legislador na seleção de condutas, reconhece-se a existência de um conjunto de ilícitos que seria privativo do direito penal, sendo insuscetível de ser previsto com infração administrativa⁷⁷.

Na visão de D'AVILA, essa hipótese intermediária não diz muito acerca do problema pois, se, por um lado, o reconhecimento de um núcleo inalienável reclama conteúdo material

⁷² Idem.

⁷³ MIR, Op. Cit., p. 28.

⁷⁴ Ibidem, p.28.

⁷⁵ Ibidem, p. 29.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibidem, p. 113.

exclusivo ao direito penal, por outro, propõe um critério material distintivo apenas no sentido de criminalizar, abstendo-se de considerar os limites e a legitimidade da criminalização⁷⁸.

SANCHEZ J.⁷⁹ considera o critério qualitativo errôneo e o quantitativo incompleto e apresenta um modelo que teria reflexos na forma de entender a lesividade da infração e nos critérios utilizados para sua imputação.

Segundo o autor, o fator decisivo não seria somente a configuração do injusto, mas, também, **os critérios** para contemplar e imputar esse injusto e **as garantias** (formais e materiais) que rodeiam a imposição de sanções.

A exigência de sujeição a um juiz, no penal, e a impossibilidade da administração impor sanções privativas de liberdade seriam diferenças qualitativas. Mas decisivo para ele seria o **critério teleológico**, ou seja, as finalidades que perseguem respectivamente o Direito Penal e o Direito Administrativo. O primeiro perseguiria a proteção de bens concretos em casos concretos e seguiria critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio.

O Direito Administrativo perseguiria a ordenação, de modo geral, de setores da atividade. Ou seja, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial. Não teria porque seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta. Bastaria atender considerações de afetação geral, estatística. Também não teria que ser tão estrito na imputação ou na persecução, regendo-se por critérios de oportunidade e não de legalidade.

O autor apresenta o seguinte conjunto de características do Direito Administrativo Sancionador⁸⁰:

- Seria um reforço da ordinária gestão da administração;
- Seria o direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão;
- Seu interesse residiria na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipificaria infrações e sancionaria sob perspectivas gerais;
- Não trataria do risco concreto, como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, senão que o seria determinante para a visão macro (“as grandes cifras”, “o problema estrutural” ou “sistêmico”);

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ SANCHEZ J., Op. Cit., p. 148 – 152.

⁸⁰ Ibidem, p. 153 – 155.

- Não precisaria, para sancionar, que a conduta fosse específica, em si mesma, concebida, seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, e por tal razão tampouco é necessária uma análise de lesividade no caso concreto;
- Não haveria óbices à aceitação de que não se oriente por critérios de legalidade na persecução dos ilícitos, senão por puros critérios de oportunidade;
- O que seria necessário é que o gênero de condutas representasse, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão, para a boa ordem do setor;
- Seria essencialmente o direito do dano cumulativo ou do dano derivado da repetição: dispensaria uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito;
- Teria por pergunta chave: o que aconteceria se todos realizassem a conduta X, caso fosse lícita.

A análise das tentativas de diferenciar os ilícitos demonstra a impossibilidade de chegar a uma distinção categórica que pacifique os entendimentos. Mas remete a algumas conclusões úteis para o problema que aqui interessa. A principal delas é a de que a noção de bem jurídico é chave para a compreensão, articulação e delineamento de um modelo repressivo de tutela.

Outro ponto importante é que, apesar das dificuldades para se identificar consensos, há parâmetros comuns. Um deles é que o ilícito penal está sujeito a uma maior severidade punitiva e a um maior rigor na imputação. Isso parece tornar menos aceitável a tese do indiferente. Mas não resolve de antemão o desafio do critério distintivo.

Outro ponto é que a noção de bem jurídico tutelado pode ser um parâmetro para a construção um sistema repressivo com arquitetura mais racional. Por esta razão, a subseção a seguir procura esclarecer um pouco sobre a noção de bem jurídico da estrutura de sistemas punitivos.

2.6 A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO

A discussão sobre a natureza e efetividade da intervenção do direito penal repousa em boa medida na noção de bem jurídico. As formas como os ordenamentos e as políticas criminais definem e operacionalizam o bem jurídico influenciam no tipo de sistema repressivo.

Segundo BARATTA, havia uma distinção tradicional entre as duas funções atribuídas ao conceito de bem jurídico. Esse tratamento apresenta variação terminológica, mas tem importância no pensamento penal e nas técnicas legislativas, especialmente na Alemanha⁸¹.

A primeira função seria a intra-sistêmica que é imanente ao sistema do direito penal positivo e obedeceria à interpretação teleológica das normas penais e a construção sistêmica destas. A consequência dogmática principal a duplicação da antijuridicidade. Haveria uma antijuridicidade formal que seria a violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo, e uma antijuridicidade material, que seria a lesão ou ameaça ao interesse protegido pela norma. Só haveria responsabilidade penal quando as duas formas de antijuridicidade se realizassem e a antijuridicidade material estaria condicionada à existência da antijuridicidade formal⁸².

A segunda função seria a extra-sistêmica em que o bem jurídico seria critério de apreciação do sistema positivo e da política criminal. Não haveria uma conexão necessária entre a antijuridicidade material e a formal de um comportamento. Nesta via, admite-se que o legislador deixe de tutelar interesses dignos e vitais para a sociedade ou tutele interesses que não o são⁸³.

Uma alternativa é a que trata do uso exclusivamente defensivo e do uso também promocional da pena com respeito a bens e interesses considerados relevantes. Na visão de BARATTA⁸⁴, as teorias promocionais podem ser denominadas de teorias do bem jurídico no sentido lato e as teorias defensivas como teorias do bem jurídico no sentido estrito. Ambas as categorizações seriam imprecisas e se tornam de menor relevância na medida em que a tutela penal foi se estendendo dos interesses individuais e circunstanciais para áreas de interesses gerais e difusos⁸⁵.

Segundo BARATTA⁸⁶ há uma circularidade no procedimento das definições intra e extra-sistêmicas na medida em que se retro-alimentam.

⁸¹ BARATTA, op. cit. p. 5.

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Ibidem, p. 7.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

CAPÍTULO 3 - A ORDEM JURÍDICA ECONÔMICA E A LIVRE CONCORRÊNCIA

Como se pode concluir das análises até aqui empreendidas, um dos pontos centrais da avaliação da adequação do modelo jurídico repressivo é a natureza do bem jurídico que se pretende tutelar. O presente trabalho se preocupa com a tutela de um bem jurídico definido: livre concorrência.

Esta seção apresenta o contexto jurídico-econômico da livre concorrência e procura delimitá-la a partir da ordem econômica vigente no Brasil.

A compreensão da vertente repressiva da defesa da concorrência requer uma visão contextualizada desta. Esta contextualização demanda uma perspectiva interdisciplinar ou multidisciplinar. Não apenas pela profunda relação entre direito e economia, mas também porque o sistema de proteção da livre concorrência está configurado, basicamente, como uma política pública, envolvendo uma diversidade de atores e questões que transcendem a perspectiva do direito sem, contudo, diminuir sua centralidade.

Alem disso, a própria efetividade do direito enquanto dimensão normativa das condutas sociais requer instrumentos sensíveis às dinâmicas dos setores objeto da regulação jurídica.

Na verdade, a relação entre a natureza de um modelo jurídico (mundo do dever ser) e a função a qual se destina em um regime ou política se realiza em meio à dinâmica daquela realidade (mundo do ser) objeto da intervenção jurídica. Negligenciar isto é mergulhar o direito num formalismo inócuo e até prejudicial.

Não são desprezíveis os efeitos da falta de interdisciplinariedade na abordagem do Direito, apesar de rotineiramente negligenciados pela dogmática jurídica tradicional. Para ficar com um tema próximo ao deste tratado, tome-se como ilustração dos efeitos de um pensamento jurídico auto-centrado o seguinte alerta:

Em outras palavras, define-se o direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal⁸⁷.

O fato é que a efetividade de um instrumento jurídico de intervenção do Estado na economia, e de resto em qualquer setor da vida social, remete, inevitavelmente, à relação entre estrutura de um modelo ou instituto jurídico e o objetivo que se pretende com ele atingir.

⁸⁷ BARATTA, op. cit.

Trata-se do problema do contraste entre a estrutura (formal e substantiva) de um instituto e sua função reguladora efetiva.⁸⁸

Mas a apropriação do saber econômico exige cuidados. Ela não pode ocorrer de maneira acrítica. Sob pena de uma colonização improdutiva para o direito e para a sociedade. Alguns pontos merecem destaque aqui, haja vista a enorme dependência do direito econômico e da concorrência para com os conceitos e teorias econômicas.

Um primeiro aspecto a destacar é que a abordagem que se pretende fazer é de cunho jurídico, sendo a dimensão econômica um componente imprescindível da realidade tratada, mas não a dimensão preponderante. Na prática, é dizer: a preocupação analítica é com a dimensão jurídica da ordenação econômica e não com os fenômenos econômicos em si.

E aí já estamos no segundo ponto. A idéia da economia como uma dimensão “naturalística”, como alguns juristas costumam referir para distinguir do mundo jurídico, tem significativa carga ideológica.

Na verdade, boa parte do que chamamos de econômico embute uma visão, uma estruturação teórica feita pela análise econômica sobre a dimensão das relações produtivas. Negligenciar este recorte leva a perder de vista o viés da abordagem econômica embutida, o debate no qual se insere e os elementos da realidade objeto que ensejam o debate. Nesse contexto a análise jurídica fica limitada, subordinada à discussão e orientação econômica.

Um exemplo importante é a noção de ordem econômica, cuja ambigüidade remete a algumas confusões cujos efeitos são determinantes sobre as opções e os entendimentos⁸⁹. Isto porque a noção de ordem econômica tem proximidade com a idéia da existência de uma ordem social “natural”, possuidora de uma lógica auto-ordenadora da dimensão econômica da sociedade. O paradigma é a noção de mão invisível de Adam Smith.

Esta é uma idéia cara ao debate econômico e político das sociedades ocidentais, pois está no centro da própria discussão sobre ao significado ou a necessidade da intervenção estatal na economia. Afinal, uma ordem social auto-regulada, como seria a economia de mercado, prescindiria de qualquer regulação heterônoma. Melhor, exigiria a não intervenção de forças exógenas para manutenção de sua harmonia interna, de seu equilíbrio⁹⁰.

⁸⁸ Esta preocupação já estava presente em ASCARELLI, quando cuidou das relações entre as funções econômicas dos institutos e as suas estruturas jurídicas. Ver: JANSEN, Op. Cit., p. 18.

⁸⁹ Para uma análise da noção de ordem econômica e suas implicações práticas e teóricas para o direito e o papel do Estado: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª edição, São Paulo, Malheiros Editora, 2008, Capítulo 2, “Ordem Econômica”, p. 58 - 89.

⁹⁰ Esse é o fundamento da visão liberal extrema, que deposita na noção de mão invisível uma espécie de crença nas propriedades auto-reguladoras do mercado. O fato, contudo, é que é difícil se conceber um sistema econômico sem regras e sem mecanismos de correção dos exageros dos agentes. Uma variável importante, nesse sentido, é o poder. A economia é uma importante fonte de recursos de poder. Na medida em que os agentes

A dinâmica do capitalismo, contudo, aponta para a falta de realismo de uma visão de livre mercado auto-regulado.

O ponto que interessa destacar aqui é a dependência estrutural que a economia tem do direito e de como é difícil tratar a ordem econômica sem considerar seu sentido normativo. A acoplagem entre direito e economia é assim delineada na perspectiva de EROS GRAU:

... o direito, como demonstrei inicialmente, é elemento constitutivo do modo de produção: as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a “forma” direito; o direito é instância de um todo complexo – a estrutura social global – instância no entanto dotada de eficácia própria, que se manifesta no bojo de uma relação de causalidade estrutural, resultante de interação dela (instância jurídica) com as demais instâncias desse todo complexo. A idéia fundamental é o direito como parte constitutiva do modo de produção.⁹¹

Na visão de NUSDEO, há uma imbricação profunda entre direito e economia. Diz o autor:

Mais do que íntima relação, trata-se, na verdade, de uma profunda imbricação, pois os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização – *nomos* – a presidir a atividade desenvolvida na *oikos* ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o *nomos* nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito.⁹²

Como a organização da atividade econômica de uma sociedade pode adquirir diferentes configurações, sua ordenação está sujeita a algum nível de normatização. Ou seja, faz-se necessário um conjunto de parâmetros normativos para que se estabilizem minimamente as relações e as expectativas. Esse conjunto normativo pode ser compreendido como ordem jurídica econômica. Na definição de Eros Grau, a ordem econômica seria:

... o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, a ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)⁹³.

econômicos têm capacidade de acumulação de poder econômico, passam a influenciar o mercado de forma “artificial”. As mãos ostensivas dos monopólios ou as mãos dadas e sorrateiras dos cartéis surgem como decorrência do empoderamento econômico. Há, ainda, implicações políticas. Observa-se um acoplamento entre recursos econômicos e recursos de poder. Grandes agentes econômicos passam a influenciar drasticamente no campo político e vice-versa. Na verdade, a existência de uma legislação antitruste, surgida num país com forte tradição de economia de mercado, os EUA, sinaliza que a sociedade precisa desenvolver uma função de coordenação e gestão coletiva que não pode ser depositada na lógica “naturalista” do mercado.

⁹¹ GRAU, op. cit., p. 70.

⁹² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao direito econômico**. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

⁹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª edição, São Paulo, Malheiros Editora, 2008, p. 70.

Para ORTIZ⁹⁴, a relação entre Direito e Economia pode ser sintetizada em dois aspectos: 1 – o direito deve configurar o sistema econômico; e 2 – a análise econômica deve inspirar e fundamentar a interpretação jurídica. Na sua visão, há uma necessidade de juridicização das leis econômicas como meio para promover a riqueza das nações.

Por óbvio que essa proximidade diz respeito ao direito econômico, devendo ser ponderado com mais cuidado nas tentativas de expandir o raciocínio econômico para outros âmbitos do direito.

O que interessa aqui, entretanto, é destacar a essencialidade do direito para a configuração do sistema econômico. Com especial foco na idéia de que cada sistema econômico requer sua própria ordem jurídica⁹⁵.

No tema deste trabalho, a preocupação se refere à relação entre as técnicas jurídicas utilizadas na construção dos modelos de caracterização de uma conduta como ilícito contrário à concorrência e sua relação com a função de intervenção econômica com fins de proteção de bens e promoção de políticas públicas.

Parte-se do entendimento de que o direito integra o sistema social e econômico como elemento constitutivo do sistema econômico. Nesse sentido, qualquer que seja o objetivo de uma direção ou ordenação jurídica ela ocorre dentro de um universo social e busca atingir objetivos relacionando-se com as lógicas desse ambiente⁹⁶.

Isto impõe à tecnologia jurídica limites e condições não jurídicas. Ou seja, é preciso considerar fatores jurídicos não econômicos do mundo econômico e fatores sociais e econômicos do mundo jurídico.

Em termos práticos, parte-se do pressuposto aqui de que os aspectos necessários a implantação de uma efetiva defesa da concorrência não podem limitar-se a uma análise dogmática interna do direito, devendo beneficiar-se dos aspectos extra-jurídicos. Isto, como se verá, é uma marca indelével do tema.

Mas não apenas a “lógica” do campo econômico importa aqui. Outros fatores externos às preocupações tradicionais dos juristas se impõem. Ocorre que a implementação de objetivos econômicos, mesmo quando não diretamente ligados a fatores jurídicos, também se tem que adequar à dinâmica das outras dimensões sociais implicadas.

⁹⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. 3ª edição, Granada – Espanha, Comares Editorial, 2004, p. 5.

⁹⁵ ORTIZ desenvolve essa idéia a partir de A. ROJO, em ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. 3ª edição, Granada – Espanha, Comares Editorial, 2004, p. 7 - 11.

⁹⁶ JANSEN, Letácio. **Introdução à Economia Jurídica**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003, p. 19.

Impõe-se considerar a lógica das políticas públicas. Isto é particularmente importante, como se verá adiante, nos casos em que o objeto da tutela jurídica são bens coletivos relacionados a objetivos setoriais.

3.1 A TUTELA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

O objetivo desta seção é situar como surgiu o complexo normativo que estabelece a combinação de regimes repressivos ao ilícito contra a concorrência. A idéia é que este contexto histórico de formação ofereça elementos de pré-compreensão do problema e da abordagem aqui adotada. Além disso, muitas das questões que não são explicadas doutrinária ou teoricamente encontra sentido na dinâmica institucional que o recorte histórico ajuda a perceber.

3.2 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A construção do arcabouço jurídico da defesa da concorrência teve um longo percurso. Inicialmente, o constitucionalismo brasileiro abrangia apenas a defesa da liberdade, não compreendendo expressamente a livre concorrência. Na visão de Pontes de Miranda, contudo, o princípio da repressão aos abusos de poder econômico estaria implícito nas Constituições de 1934 e 1938⁹⁷.

Foi a partir da Constituição de 1946 que a questão do **poder econômico** entrou na pauta constitucional, tendo sido esta a primeira carta constitucional brasileira a trazer um comando cogente, determinando que a lei infraconstitucional reprimisse qualquer forma de abuso de poder econômico, com a seguinte dicção:

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.

Levou cerca de dezessete anos, após a promulgação da Constituição de 1946, para se editar a primeira lei antitruste brasileira, a Lei 4.137, de 10/09/1962⁹⁸. Mas, a partir da

⁹⁷ Como informa BRUNA, p. 136.

⁹⁸ Esta lei ficou conhecida como a Lei Antitruste Brasileira devido influência que teve da legislação americana, basicamente os seguintes diplomas legais: a Lei Sherman, de 02.07.1890, a Lei da Comissão Federal de Comércio, de 26.09.1914, a Lei Clayton, de 15.10.14, e a Lei Robinson-Patman, de 1936. Ver: STOCO, Op. Cit., p. 211.

Constituição de 1946, começava a ficar claro que as relações econômicas envolviam relações de poder e não apenas relações comerciais e interindividuais.

A Constituição de 1967, com redação da EC 1/69, reiterou o princípio, nos seguintes termos:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e (...)

A mesma linha segue a Constituição de 1988:

Artigo 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A Lei 8.137/90 e a Lei 8.884/94 regulamentaram este artigo configurando o atual modelo de defesa da concorrência.

3.3 ELEMENTOS DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Outro componente importante de pré-compreensão é a estruturação da política de defesa da concorrência. A mobilização do aparato estatal para o alcance de objetivos inevitavelmente implica numa estruturação institucional que passa a ser parâmetro da intervenção repressiva do Estado.

3.3.1 AS MODALIDADES DE CONTROLE DO PODER ECONÔMICO

A fundamentação constitucional dá suporte a duas ordens ou dois tipos de mecanismos de repressão ao abuso do poder econômico, que devem ser estruturados pelo legislador infraconstitucional e pela regulamentação administrativa.

Um dessas ordens trata a questão sob a ótica estritamente penal sancionadora, que é o Direito Penal.

São várias as leis de natureza penal que têm como objetividade jurídica a proteção econômica em geral, coibindo crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo, a economia popular, etc.. STOCO⁹⁹ destaca duas: a Lei 1.521, de 26/12/51, que definiu crimes contra a economia popular, e a Lei 8.137/90, que reprime crimes contra a ordem econômica e revoga parte da 1.521.

A outra perspectiva é a abordagem da ótica administrativa ou do Direito Administrativo Sancionador. Aqui são utilizados diplomas extra-penais, como é o caso da Lei Delegada nº. 4, de 26/09/62, e a Lei 8.884/94.

No tocante à defesa da livre concorrência, a perspectiva penal foi historicamente anterior e preponderou durante um bom tempo. Para FERRAZ, esta perspectiva veio se consolidar depois de 1988, com o entendimento de que a concorrência era um fenômeno que merecia a intervenção do Estado, tanto na tradição dos problemas de abuso de poder na esfera penal, como também por outros ângulos, que propiciavam um leque de competências mais amplo. Isto teria ocorrido em razão de alterações na vida social, mas também porque a abordagem puramente penal sancionadora não dava conta do fenômeno¹⁰⁰.

3.3.2 OS ATUAIS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA¹⁰¹

Na sua vertente administrativa, a política da defesa da concorrência brasileira está estruturada, basicamente, pela Lei 8.884/94 naquilo que ficou conhecido como Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Do ponto de vista institucional, o SBDC se constitui de três órgãos básicos: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, a Secretária de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

⁹⁹ STOCO, Ibidem, p. 211.

¹⁰⁰ É interessante observar que a redução da questão a natureza penal deu margem a dúvidas imensas que interferiram no funcionamento desse órgão administrativo, o CADE. Segundo FERRAZ, durante anos houve uma discussão para saber se o CADE podia sequer ter uma existência, porque se a questão tinha natureza penal, cabia ao Judiciário decidir as pendências e não a um órgão ligado ao Poder Executivo.

¹⁰¹ Há duas matrizes básicas que fundamentam as políticas de defesa da concorrência: a) A norte americana, com o já referido Sherman Act (1890), e com a legislação posterior, com relevo para Clayton Act (1914 e a européia, fundada no Tratado de Roma (1957).

A SDE e a SEAE funcionam como órgãos de instrução e o CADE funciona como tribunal administrativo, que toma as decisões finais no Sistema.

Do ponto de vista finalístico, a política de defesa da concorrência atua em três vertentes: a prevenção (controle das estruturas de mercado), a promoção (advocacia da Concorrência); e da repressão (punição a condutas).

A vertente da promoção ou "advocacia" da concorrência consiste na atuação educacional de disseminação da "cultura da concorrência" e no esforço de influir na formulação das demais políticas públicas com o fim de garantir a concorrência como um valor integrado nessas políticas.

A vertente preventiva se desenvolve a partir controle das estruturas dos mercados, que ocorre por meio do controle de concentrações, com a apreciação de fusões, aquisições e incorporações de empresas, que podem ter efeitos negativos ou positivos. Os efeitos negativos decorrem de um eventual exercício de poder de mercado pela empresa concentrada, principalmente o aumento de preços, e os efeitos positivos podem advir das economias de escala, de escopo, de redução de custos de transação, entre outros, que podem proporcionar vantagens competitivas legítimas.

Ou seja, o objetivo é coibir concentrações possam levar às empresas as condições potenciais de condutas anticoncorrenciais. Os instrumentos utilizados podem variar da mera proibição da concentração ou a sua aprovação condicionada a alguma medida como a alienação de parte de ativos ou a adoção de compromisso de desempenho que permitam o monitoramento das condições benéficas que permitiram a aprovação da operação.

A vertente repressiva se desenvolve a partir do combate a condutas anticoncorrenciais. Há duas categorias de condutas anticoncorrenciais básicas: práticas horizontais e práticas verticais.

As práticas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado por intermédio da formação de cartel e outras formas de acordos entre concorrentes ou praticando preços predatórios. As práticas verticais são restrições impostas por produtores ou ofertantes de bens e serviços em determinado mercado sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva.

O cartel é a prática mais conhecida e tida como uma das mais deletérias para a concorrência, pois priva o consumidor dos dois maiores benefícios que podem ser oferecidos por um mercado competitivo: menores preços e maior oferta de bens e serviços.

O cartel consiste no estabelecimento de acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes que detenham parcela significativa do mercado relevante não só para elevar

preços e restringir a produção, mas também dividir mercados ou excluir outros rivais, com o objetivo de obter lucros de monopólio.

3.4 A DISCIPLINA JURÍDICA DO PODER ECONÔMICO

Como já observado, a ordem econômica brasileira tem seus traços estruturais estabelecidos na Constituição da República. Nela se encontram os parâmetros jurídicos de ordenação da vida econômica.

O Art. 170 da Constituição de 1988 estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada; da função social da propriedade; e da livre concorrência.

Neste artigo estão consagrados os valores do trabalho e da livre iniciativa. Além disso, nele se estabelece que a ordem econômica tem por fim a existência digna e por parâmetro a justiça social. E finca como princípios dessa ordem alguns princípios, dentre os quais a livre concorrência.

O Art. 173 estabelece que ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. E no seu § 4º determina que a **lei reprimirá o abuso do poder econômico** que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Neste artigo está assentada a economia de mercado com possibilidade restrita do Estado atuar diretamente na exploração da atividade econômica. Além disso, o § 4º estabelece o legislador devesse regular em lei uma política de repressão ao abuso do poder econômico quando este vise a dominar o mercado, eliminar a concorrência e aumentar preços arbitrariamente.

O Art. 219 estabelece que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Neste artigo, o constituinte deu ao mercado interno o status de patrimônio nacional e estabeleceu que a lei buscará incentiva-lo com finalidade de desenvolvimento cultural e sócio-econômico.

Esse conjunto normativo delinea as bases constitucionais da política de defesa da concorrência. Os desdobramentos em regimes de proteção se dão em plano legal. Como já

mentionado, a Lei 8.137/90 regulamenta o § 4º do Art. 173, estabelecendo um regime repressivo penal; e a Lei 8.884/94 regulamenta o mesmo dispositivo, mas estabelecendo um regime repressivo administrativo, este inserido no desenho de uma política maior de defesa da livre concorrência.

A compreensão desse conjunto institucional é importante para a compreensão do problema aqui tratado. Mas antes, faz-se necessário enfrentar o que pode se considerar o núcleo duro do comando normativo constitucional para a defesa da concorrência, que é **a repressão ao abuso do poder econômico**.

É, pois, a partir desta diretriz normativa que o constituinte determina que o legislador ordinário configure instrumentos de intervenção repressiva na ordem econômica visando à defesa da livre concorrência.

3.5 O PODER ECONÔMICO COMO COMPONENTE ESTRUTURAL DA ECONOMIA DE MERCADO

Como visto, o foco da intervenção repressiva definido na Constituição de 1988 é o abuso do poder econômico. Para a operacionalização dessa noção é fundamental compreender o que seria o poder econômico e como se configuraria o abuso no seu exercício.

Na perspectiva da defesa da concorrência, BRUNA define o poder econômico como:

...a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar os preços de mercado, não necessariamente em termos absolutos¹⁰².

Assim, o detentor de quantidade relevante de poder econômico¹⁰³ seria capaz de, maximizando lucros, apropriar-se de parcela da renda social superior à que legitimamente teria se fosse desprovido desse poder. Seria capaz, portanto, de subverter a correta distribuição da renda social¹⁰⁴.

Alguns aspectos merecem destaque. O primeiro é que, contrariando a perspectiva de uma concorrência perfeita, o poder econômico é compreendido como um dado estrutural da economia de mercado. Como observa BRUNA:

¹⁰² BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 171.

¹⁰³ Um dos parâmetros utilizados para a mensuração do poder econômico é a noção de mercado relevante que não será tratada aqui.

¹⁰⁴ Idem.

...não mais se pretende a instauração de um modelo de concorrência perfeita, antitético à própria existência do poder econômico. Ao contrário, o poder econômico é tido como um dado da realidade, um fator estrutural, que faz parte de uma técnica de produção social, atribuindo-se a esse poder uma função (social) de servir ao desenvolvimento e à justiça social.¹⁰⁵

Ou seja, a consciência de uma tendência do mercado a se configurar como oligopólio ou monopólio afasta a ilusão de se pretender disciplinar a atividade econômica em direção a um modelo ideal e mercado com concorrência perfeita.

E aqui se chega a um outro aspecto: o poder econômico integra uma técnica de produção social, possuindo uma função e o desvio dessa função é que caracterizaria o abuso do poder econômico, portanto, o ilícito contra a livre concorrência.

Do ponto de vista do que interessa a este trabalho, a questão que se coloca é saber em quando o exercício do poder econômico será regular e quando será abusivo.

Antes, porém, é necessário analisar a relação do poder econômico com a livre iniciativa e a livre concorrência.

3.6 LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

Como destaca GRAU, a livre iniciativa é aspecto da liberdade, sendo um conceito amplo que não se limita a liberdade econômica, de titularidade da empresa. Ela envolve, por exemplo, o valor do trabalho.

O ponto é que a iniciativa empresarial assume maior relevância por garantir liberdades fundamentais para a economia de mercado, como a liberdade de acesso ao mercado e a liberdade de permanência no mercado. Ou seja, a livre concorrência, a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado e sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados.

Como observa BRUNA, a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios intimamente ligados, representam liberdades regradas e condicionadas constitucionalmente, pois conjugadas aos demais objetivos e princípios da ordem econômica.

Mas a consagração da livre iniciativa e da livre concorrência não exclui a atuação do Estado no domínio econômico que permanece com a função de agente normativo e regulador da atividade econômica e atuando com vista à preservação da própria livre concorrência,

¹⁰⁵ Idem.

como agente repressor dos abusos do poder econômico. De qualquer forma, não são admitidas restrições que venham a suprimir por completo tais liberdades¹⁰⁶.

Um aspecto curioso da defesa da concorrência é que a repressão aos abusos do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições à liberdade da livre iniciativa¹⁰⁷.

Na verdade, um dos efeitos do abuso do poder econômico é exatamente eliminar a livre concorrência e a livre iniciativa. Reprimir esse abuso é proteger estas liberdades. E não há, pois, restrição às liberdades propriamente, mas restauração da liberdade dos demais agentes econômicos, violada pelos atos abusivos.

O ponto é que o titular da liberdade é a empresa, mas esta também é a detentora do poder econômico que põe em risco aquela liberdade, com o abuso do poder econômico.

A conceituação de abuso, portanto, mostra-se central para a compreensão dos limites a serem impostos ao exercício da atividade econômica e as responsabilidades sociais dos detentores de poder econômico.

3.7 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Como bem observa BRUNA, a disposição constitucional visa a privilegiar a livre iniciativa e a livre concorrência na medida em que estas liberdades possam expressar algo de socialmente valioso. Essa utilidade social da liberdade de iniciativa empresarial leva a questão da função social da à empresa¹⁰⁸.

O princípio da função social da empresa é um corolário da função social da propriedade. Contudo, a noção clássica de propriedade é inadequada pra expressar a relação jurídica de titularidade que tem por objeto a empresa, pois esta compreende a associação de capital e trabalho, bens e seres humanos.

Uma classificação mais adequada para bens é a que os considera a partir da sua destinação como bens de produção e bens de consumo. A partir dessa visão já se torna possível um regime jurídico da propriedade empresarial¹⁰⁹

Para tratar da propriedade em regime de empresa, BRUNA afasta a concepção tradicional e estática ligada às noções de relação de pertinência e objeto de fruição. Adota, então, uma perspectiva dinâmica, que considera o fato do objeto da propriedade ser produção

¹⁰⁶ Ibidem, p. 136.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 137.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 139.

de outros bens e de haver relação de poder sobre outros homens. A propriedade dinâmica dos bens de produção se realizaria sob a forma de empresa¹¹⁰.

Nesses termos, a problemática fundamental não seria a proteção contra turbulações externas, mas a fiscalização e disciplina do seu exercício, a fim de evitar abuso ou desvio de poder.

Ainda a partir da perspectiva dinâmica, e com base na análise da propriedade dos bens de produção, BRUNA¹¹¹ aponta a necessidade de encarar tal propriedade não só sob o aspecto do direito subjetivo que ela outorga ao titular, mas também tendo em vista a **função** contida no emprego de tais bens no processo produtivo.

E aqui se chega a um aspecto ao ponto principal: a utilização de tais bens na produção faz com que os interesses envolvidos transcendam a esfera individual, passando a adquirir dimensão coletiva¹¹², uma função social.

Essa perspectiva dinâmica sobre a função social da propriedade dos bens de produção como princípio da ordem econômica tem as seguintes implicações:

- ✓ O dever de empregar os bens de produção segundo tal função social obriga seu titular a dar-lhes destino socialmente útil, que tenha em vista não somente os interesses individuais do proprietário, mas também os interesses da coletividade; e
- ✓ A liberdade de iniciativa econômica somente se legitima quando voltada à satisfação não só dos interesses privados de seu titular, mas também dos demais valores da ordem econômica, como a realização da justiça social e a valorização do trabalho humano¹¹³.

É neste sentido que a liberdade de iniciativa, para além de uma garantia individual, passa a servir a uma técnica de produção social, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos.

Assim, o exercício do poder de mercado será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais visados. Isso equivale a dizer¹¹⁴:

- a) Não se é admissível o exercício do poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vista a consecução dos ideais de justiça social;

¹¹⁰ Para esta noção de propriedade, BRUNA se vale da visão de Fábio Konder Comparato.

¹¹¹ Ibidem, p. 139.

¹¹² Ibidem, p. 140.

¹¹³ Ibidem, p. 140 – 141.

¹¹⁴ Ibidem, p. 147.

- b) Em caso de conflito, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais;
- c) Não é admissível que o exercício do poder econômico resulte na supressão das liberdades de iniciativa e de concorrência dos demais indivíduos.

3.8 A NOÇÃO DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO¹¹⁵

Um último aspecto a ser considerado para a compreensão do significado da repressão ao abuso do poder econômico e que será útil ao problema aqui investigado é a própria noção de abuso.

A visão adotada baseia-se na teoria objetivista, segundo a qual o abuso do direito não se compreende no conceito clássico de culpa, pois há abuso do direito quando seu exercício conflita com a finalidade social para a qual foi conferido.

BRUNA¹¹⁶ se vale da visão segundo a qual para se configurar o exercício abusivo de um direito seu titular deveria atuar dentro dos limites das normas proibitivas, desvirtuando, porém, seus fins econômico-sociais, com ou sem a presença de culpa ou dolo.

Nessa perspectiva, haveria três espécies de atos: a) o ato ilegal - praticado sem direito, portanto, objetivamente incorreto; b) o ato ilícito - embora objetivamente correto, seria subjetivamente incorreto (categoria em que se enquadra o ato abusivo); c) o ato excessivo - apesar de não ser ilegal nem ilícito, geraria a responsabilidade do agente, por causar dano excessivo ou anormal, onde se enquadrariam os casos de responsabilidade objetiva.

O ato abusivo diferiria do ato cometido sem direito ou do ato contrário ao direito, já que ele, apesar de sua conformidade com os limites normais do direito subjetivo, contraria sua destinação social¹¹⁷.

Complementando, BRUNA¹¹⁸ apresenta três hipóteses de comportamento de um titular de direito: a) ato legal, quando o comportamento do agente conforma-se com a estrutura do direito subjetivo exercido (limites lógico-formais) e com o valor normativo que lhe é inerente (limites axiológico-materiais); b) ato ilegal, quando o comportamento desde logo seria contrário à estrutura jurídico-formal do direito subjetivo; e c) ato abusivo, quando o comportamento preenche a forma (limites lógico-formais), mas rebela-se contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico (seu sentido axiológico-jurídico).

¹¹⁵ Ibidem, p.159.

¹¹⁶ BRUNA toma essa visão de Paulo Araújo Campos e Josserand.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ PAC + FACS

Para BRUNA, o abuso de direito configuraria uma categoria autônoma, diversa do conceito puro e simples de ato ilícito, mas os efeitos do ato abusivo seriam idênticos aos efeitos dos atos ilícitos, pois também eles gerariam a obrigação de reparar o dano causado¹¹⁹.

O que importa aqui é que a noção nuclear do conceito de abuso de direito é o exercício de um direito subjetivo contrariamente à sua finalidade social. Por esta lógica, o direito subjetivo, em sua acepção tradicional, sede lugar para o “direito-função”, que é concedido ao cidadão para obter os proventos que lhe são conferidos pela lei, respeitados os interesses da comunidade social.

Assim, chega-se a uma noção de **desvio de finalidade do direito**, que deve ser apreciado do ponto de vista social: caracteriza o exercício abusivo de um direito quando este colide com outro que, à luz do interesse social, merece maior proteção. Não há necessidade da intenção maliciosa para incluir-se o abusivo entre aqueles que geram a responsabilidade¹²⁰.

¹¹⁹ Ibidem, p. 160.

¹²⁰ Ibidem, p. 161.

CAPÍTULO 4 - OS MODELOS PENAL E ADMINISTRATIVO DE REPRESSÃO

No que tange à livre concorrência, a Constituição de 1988 determina ao poder legislativo ordinário que edite leis com a finalidade de reprimir o poder econômico quando este visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹²¹.

A utilização de mecanismos repressivos na defesa da ordem econômica condiciona-se à concretização dos valores e finalidades constitucionais¹²². Tais instrumentos devem estar, portanto, assentados em bases legítimas e voltados para a efetividade dos fins constitucionais.

Nessa perspectiva, um sistema destinado à repressão ao abuso do poder econômico pode ser avaliado a partir da combinação de dois fatores: o potencial de proteção que pode oferecer ao bem jurídico tutelado e o nível de respeito às garantias fundamentais que oferece. O primeiro aspecto está relacionado com a possibilidade de o sistema oferecer efetiva proteção à livre concorrência. O segundo está relacionado com o nível de proteção às garantias do Estado de direito e com o grau de garantias para o afastamento de interferências disfuncionais na economia.

Quanto maior o atendimento a esses fatores maior será o nível de racionalidade do sistema protetivo.

No caso do sistema híbrido brasileiro, cabe avaliar em que medida a combinação dos dois modelos jurídicos, penal e administrativo, potencializam esses fatores. Ou seja, em que medida o hibridismo atual contribui para agregar racionalidade ao sistema de tutela. Em tese, isso ocorrerá se os sistemas se complementarem nas funções ou se funcionarem como reforços redundantes racionais.

Um exame apurado desses fatores exigiria mais informações e pesquisas. Dentro dos limites deste trabalho, o objetivo é apenas fazer uma análise preliminar dos modelos a partir dos dois diplomas legais básicos e de alguns fatores relevantes (bem jurídico tutelado, tipos de ilícitos, tipo de sanção e regime de imputação).

¹²¹ Constituição Federal, Art. § 4º do Art. 173.

¹²² O art. 170 da Constituição funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, estabelece como finalidade a justiça social e como princípios expressos: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade e a livre concorrência

4.1 Aspectos qualitativos e quantitativos

Não há diferenças qualitativas entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos. Os dois modelos, cumprindo mandamento constitucional, buscam reprimir o abuso do poder econômico atingindo as mesmas condutas. As diferenças de redação são pouco significativas do ponto de vista da descrição dos fatos, representando formas diferentes de descrevê-los.

A Lei 8.137/90 define crimes contra a ordem tributária (Art. 1º e Art. 2º), contra a ordem econômica (Arts. 4º, 5º e 6º) e as relações de consumo (Art. 7º).

No exame dos demais dispositivos das leis, observa-se que a maioria das condutas previstas nos arts. 4º e 5º da lei penal estão expressamente previstas nos artigos 20 e 21 da lei da concorrência. As diferenças de redação são insignificantes do ponto de vista de descrição do fato. Em boa medida, representam formas diferentes de descrever o mesmo fenômeno¹²³.

Na visão de PRADO, apesar da noção de ordem econômica contida na lei constituir um bem jurídico-penal supra-individual genericamente considerado (bem jurídico categorial), a lei define crimes para vários setores e em cada tipo legal injusto previsto há um determinado bem jurídico específico diretamente protegido por cada figura delitiva¹²⁴. Contudo, no momento em que analisa cada crime contra a ordem econômica (Arts. 4º, 5º e 6º), PRADO identifica dois bens jurídicos que são protegidos pelos tipos penais: a livre concorrência e a livre iniciativa¹²⁵.

Também a Lei 8.884/94 se destina a proteger dois bens jurídicos: a livre concorrência e a livre iniciativa. Isso pode ser depreendido de vários elementos, como o inciso I do Art. 20¹²⁶.

Não há diferença nos bens jurídicos protegidos. Os dois modelos visam a proteger a livre concorrência e livre iniciativa.

Não se vislumbram diferenças quantitativas no sentido graus distintos de ofensa ao bem jurídico na comparação das condutas dos dois modelos. As mesmas condutas estão sujeitas à imputação penal e administrativa, independentemente do grau de lesividade.

¹²³ SICA, Op. Cit., p. 164.

¹²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 36.

¹²⁵ Ibidem, p. 42, 56 e 63.

¹²⁶ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A diferença que se verifica diz respeito ao universo das condutas tipificadas. Mas tal distinção não responde a nenhum critério substantivo. A lei penal tipifica um conjunto fechado de condutas, enquanto a lei da concorrência utiliza um alto grau de abertura, não antecipando modalidades específicas, mas apenas estabelecendo parâmetros, dentre os quais a alguns efeitos sobre o bem jurídico protegido.

Além disso, a abertura na caracterização dos tipos ilícitos da lei da concorrência possibilita que todas as condutas previstas na lei penal sejam abarcadas pela subsunção da lei de concorrência. Não há um delineamento fechado da forma que deve ter uma conduta para ser ilícita. A variável que funciona como filtro são os efeitos previstos no artigo 20.

Conforme observa FONSECA¹²⁷, o legislador utilizou um critério de definição estipulativa e funcional para as infrações. A caracterização da conduta toma por referencial algo externo, o efeito sobre o bem jurídico, sem muita preocupação com a forma da conduta. Isso dá flexibilidade para uma caracterização via elementos técnicos a serem examinados por caso. Mas é necessário, pois seria inviável a definição de tipos antecipando imensa possibilidade de forma que as condutas lesivas podem assumir na atividade empresarial.

O caput do art. 20 da lei da concorrência estabelece que constituem infração “os atos sob qualquer forma manifestados”, enquanto o caput do art. 21 estabelece que caracterizam infração da ordem econômica o rol de condutas apresentado nos incisos, “além de outras”, na medida em que configurem os efeitos previstos no artigo 20.

No momento de caracterizar o ato de infração à ordem econômica, o julgador deve verificar se aquela conduta é concretamente apta a produzir qualquer dos seguintes efeitos: 1 – lesão da livre concorrência e da livre-iniciativa; 2 – dominação de mercado relevante; 3 – situação de lucros abusivos; e 4 – exercício abusivo de posição dominante. Somente nesses casos se configura o abuso do poder econômico¹²⁸.

Assim, comparando com o diploma penal, observa-se que qualquer das condutas previstas na lei penal poderá ser subsumida como ilícito administrativo se apresentar aqueles efeitos. A dúvida seria apenas nos casos das condutas do art. 6º da lei penal por estarem diretamente punindo descumprimento de medidas administrativas de controle de preços.

Potencialmente, a extensão das condutas que podem ser alcançadas pela lei da concorrência é mais ampla do que a da lei penal, compreendendo um arco maior de proteção. Mas esta parece ser uma decorrência esperável, dada a característica residual do direito penal.

¹²⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência. Comentários à legislação antitruste**. 3ª edição, Rio de Janeiro, 2007, p. 168.

¹²⁸ Idem.

4.2 Os tipos de penas

A Lei 8.137 prevê aplicação de penas de restrição de liberdade ou da penas pecuniárias de forma alternativa. As restritivas de liberdade são graduadas em três níveis que correspondentes aos artigos 4, 5 e 6. A pena mais severa é a prevista para os tipos do art. 4: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. A pena de nível intermediário se aplica aos crimes do art. 5: detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. E a cominação mais leve corresponde aos tipos do art. 6: detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

O Art. 9º autoriza a conversão da pena de detenção ou reclusão para multa na seguinte razão: I - 200.000 (duzentos mil) até 5.000.000 (cinco milhões) de BTN, nos crimes definidos no art. 4º; II - 5.000 (cinco mil) até 200.000 (duzentos mil) BTN, nos crimes definidos nos arts. 5º e 6º; III - 50.000 (cinquenta mil) até 1.000.000 (um milhão de BTN), nos crimes definidos no art. 7º.

Além disso, o Art. 10. prevê que o juiz poderá diminuir as multas até a décima parte ou elevá-las ao décuplo, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, caso verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias.

A Lei 8.884/94 prevê penas pecuniárias e penas que afetam a atividade empresarial. No caso da **caso de empresa**¹²⁹, prevê multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício. **No caso de administrador**, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, prevê multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador. Prevê, ainda, para o caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente¹³⁰. A lei estabelece que, em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro¹³¹.

¹²⁹ A lei penal não responsabiliza pessoa jurídica. A exceção é o crime ambiental.

¹³⁰ Art. 23.

¹³¹ 23, par unico

A lei da concorrência também prevê um conjunto de penas que afetam a atividade empresarial. Elas são aplicadas, isolada ou cumulativamente, em função da **gravidade dos fatos** ou do **interesse público geral e são** independentes das demais penas cominadas.

São elas: publicação em jornal de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas, às expensas do infrator; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação pública por prazo não inferior a cinco anos; a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; concessão da licença compulsória de patentes de titularidade do infrator; impossibilidade de parcelamento de tributos federais devidos; cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos; e a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A lei prevê, no art. 25, que, pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

O Art. 26 prevê que a recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelos do SBDC constitui infração punível com multa diária de 5.000 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator e computada diariamente até o limite de noventa dias.

Segundo o mesmo artigo, a falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.700,00 (dez mil e setecentos reais), conforme sua situação econômica, que será aplicada mediante auto de infração pela autoridade requisitante.

O art. 26-A determina que o inspecionado que impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção no âmbito de averiguação preliminar, procedimento

ou processo administrativo está sujeito ao pagamento de multa de R\$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R\$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator.

As penas são aplicadas com base em dosimetria que considera: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a situação econômica do infrator; e a reincidência¹³².

Comparando os dois sistemas, observa-se:

- a) Ambos possuem gradação interna das penas. Na lei concorrencial os instrumentos de gradação são detalhados, possuem razoável coerência e são aplicados a partir de um juízo de proporção conforme a gravidade da conduta. Na lei penal, os instrumentos são menos detalhados. Há uma gradação da aplicação da pena restritiva de liberdade na própria lei conforme os tipos. Os dois tipos de penas são alternativos. O juiz pode converter, a seu juízo, a pena de restrição de liberdade em multa conforme tabela prevista na lei. Mas ele pode majorar ou reduzir a multa em dez vezes, conforme a o ganho do ilícito, a situação do réu.
- b) Não à gradação inter-modelos nem instrumentos na norma voltados este tipo de gestão de equalização.
- c) Apesar de não incluir a restrição de liberdade, os mecanismos repressivos dissuasórios da lei da concorrência são robustos. Primeiro porque alcança tanto pessoa jurídica como pessoa física. Segundo porque os valores das multas são pesados. Terceiro porque há um conjunto de penas relacionadas com a atividade empresarial, algumas bem duras, podendo comprometer a própria sobrevivência da empresa.
- d) A possibilidade da restrição de liberdade, exclusiva ao modelo penal, é um dos diferenciais mais fortes (caso de pessoa física) que pode ser o fator básico de complementação entre os modelos.

¹³² Art. 27.

4.3 Regimes de imputação

Um fator importante de distinção dos dois modelos é quanto a exigência de efeitos para caracterizar uma conduta como infração, como abuso.

Esta exigência tende a atribuir mais rigor no processo de tipificação.

Em âmbito da lei concorrência, o efeito, ou a sua possibilidade concreta, deve ser demonstrado para efeito a caracterização de qualquer conduta como ilícito administrativo.

A lei penal estabelece os efeitos como requisito apenas em algumas condutas. Assim, os efeitos de “dominar mercado” e de “eliminar total ou parcialmente a concorrência” estão previstos nos inciso I do Art. 4º da lei penal como elemento objetivo para seis condutas (letras “a” até “f”). As demais condutas dos incisos do art. 4 e dos arts. 5º e 6º não dependem de efeitos para serem tipificadas.

A exigência do efeito como requisito da tipificação torna mais difícil e trabalhosa caracterização do ilícito, mas é coerente com a idéia de que apenas o abuso do poder de mercado caracteriza conduta ilícita, legitimando a repressão estatal. Sem a constatação de efeitos, envereda-se em vôo cego, pela ausência de um parâmetro que caracterize o abuso no exercício de poder de econômico.

Na prática, no caso das condutas que não exigem o requisito efeito, a lei penal torna-se de aplicação mais flexível, um pouco que mitigando o caráter subsidiário do Direito Penal. Ela abarca um universo menor de condutas, mas as tipifica de forma menos rígida.

No tocante ao padrão probatório há uma tendência de maior rigor na esfera penal já que fortemente alinhada com as garantias do devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, os critérios do órgão administrativo de defesa da concorrência, o CADE, normalmente são bastante rigorosos. Trabalha-se com a noção de *indício veemente*. Trata-se de um nível de indício de alto grau que só se configura quando há a caracterização de um conjunto harmônico que conduz de forma unívoca a determinado conhecimento¹³³.

Em alguns casos, pode acontecer do rigor da esfera administrativa ser maior do que o da esfera penal. Foi o que aconteceu no caso do setor de transporte de veículos, conhecido como caso dos cegonheiros. A suspeita de infração à ordem econômica neste setor ensejou

¹³³ Como registra FERRAZ JÚNIOR, muito embora se identifique, às vezes, menor rigor na fase de instrução, a jurisprudência do CADE tem buscado um padrão mais rigoroso. Para uma dogmática forte na jurisprudência do CADE ver CADE, Processo Administrativo nº. 08012.005669/2002-31, Voto do Relator Luis Fernando Schuartz, p. 25.

investigação penal e administrativa. Sem olhar o conjunto do caso, observa-se que houve decisões que apontam entendimentos conflitantes das duas esferas e que também, no caso, para um maior rigor na tipificação na esfera administrativa.

Na Ação Penal nº. 2003.71.00.007397-5/RS, que investigou a prática de crimes, a Juíza Federal concluiu, no mérito não haver dúvidas da existência de cartelização no setor de transporte de veículos novos no Brasil. Por sua vez, no julgamento em âmbito administrativo, Processo Administrativo nº. 08012.005669/2002-31, em 2007, o Conselheiro Relator decidiu pelo arquivamento com base na fragilidade das provas e falta de consistência econômica.

4.4 Elemento subjetivo

Por fim, outro fator a considerar é a exigência do elemento subjetivo. Na esfera penal, o dolo é um requisito do tipo. Na lei da concorrência, não há exigência nem de culpa nem de dolo.

Na verdade, no modelo jurídico da lei da concorrência, o conceito de infração à ordem econômica é articulado de modo dual. A infração pode ser caracterizada de duas formas alternativas. Na primeira delas predomina o caráter intencional da realização de uma finalidade por meio da conduta. Considera-se a presença do propósito objetivamente visado de que se produza um dos efeitos dos incisos I a IV do art. 20 da lei. Alternativamente, na segunda forma, predomina o risco objetivo de a conduta produzir aqueles efeitos, sua elevada probabilidade¹³⁴.

4.5 Fatores institucionais

Em que pese fugir do aspecto normativo do capítulo, cabe observar que o fator institucional é um dos elementos que podem explicar o ajuste do sistema e o desenvolvimento da política de repressão desenvolvida nos últimos anos.

São duas dimensões a serem consideradas. A primeira é o desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência depois da edição da Lei 8.884/94. Os avanços são significativos, com produção normativa infra-legal e políticas de cooperação dos órgãos de investigação do Executivo Federal e o Ministério Público¹³⁵.

¹³⁴ CADE, Processo Administrativo nº. 08012.005669/2002-31, Voto do Relator Luis Fernando Schuartz, p. 25.

¹³⁵ Segundo dados de 2009, pelo menos 100 administradores enfrentam processos criminais por cartel, 34 executivos foram condenados por crime de cartel, inclusive a penas superiores a 5 anos e 19 foram presos em flagrante e o CADE havia aplicado cerca de 1 bilhão de reais em multas administrativas. Fonte: Apresentação de Mariana Tavares de Araújo, então Secretária de Direito Econômico, no I Conferência Internacional de Defesa da Concorrência do SBDC São Paulo, 15 de outubro 2009.

Nessa linha, há de se destacar aquela preponderância da lógica e da dinâmica administrativas nos sistemas de tutela repressiva. Caberia uma análise específica deste fator para verificar os papéis que as duas esferas cumprem nesta articulação.

A outra dimensão institucional diz respeito ao Poder Judiciário, naquela linha de uma lógica institucional marcada pelo pragmatismo mencionada no início deste trabalho, assim sintetizada por OSÓRIO:

Não há dúvidas de que a multiplicação de instâncias reduz os direitos de defesa e as imunidades dos acusados em geral, podendo repercutir na diminuição dos índices de impunidade, em tese.¹³⁶

A análise desta sessão centrou-se, basicamente, no aspecto legal dos modelos jurídicos penal e administrativo, tendo tocado apenas superficialmente na dimensão institucional da implementação da política de defesa da concorrência e não tendo apreciado a jurisprudência. Entretanto, apesar dessas limitações, ela permitiu identificar indicativos importantes sobre o problema da baixa funcionalidade decorrente do caráter híbrido do modelo repressivo.

¹³⁶ OSÓRIO, Op. cit., p. 348.

5 - CONCLUSÕES

Este trabalho procurou analisar o desenho híbrido do sistema de repressão ao abuso do poder econômico vigente no Brasil.

Entre outras constatações, verificou-se que esta construção híbrida se insere no contexto do fenômeno mais amplo da expansão da dinâmica administrativa no exercício da função punitiva do Estado. Tal expansão está ligada ao desalinhamento entre a ampliação da demanda por proteção a novos bens jurídicos e a incapacidade de resposta por parte dos antigos modelos jurídicos de intervenção repressiva. Um dos efeitos dessa expansão seria a perda de identidade das esferas penal e administrativa e os possíveis problemas de legitimação de modelos repressivos.

A partir da análise da literatura, verificou-se a inexistência de consenso quanto aos critérios de distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo e a consequente ampliação do espaço de liberdade de criminalização para o legislador. Isto tem ocasionado a combinação de normas repressivas penais e administrativas em regimes jurídicos complexos e, por vezes, com grande dose de irracionalidade.

A análise comparativa dos normativos do sistema de tutela da livre concorrência brasileiro (Lei. 8.137/90 e Lei 8.888/94) permitiu inferir, ainda, que numa conclusão provisória, que os modelos jurídicos penal e administrativo não apresentam elementos intrínsecos que permitam uma agregação sistêmica racional. Ou seja, os dois modelos não se encaixam, mas se sobrepõem, contribuindo pouco para agregar funcionalidade ao sistema de tutela.

No que diz respeito aos bens jurídicos tutelados, não se constatou diferenças qualitativas. Os dois modelos têm objetivos e objeto similares. Também não se vislumbram diferenças quantitativas com relação ao grau de ofensa ao bem jurídico dos ilícitos de cada esfera. Na verdade, as mesmas condutas estão sujeitas à imputação penal e administrativa, independentemente do grau de lesividade.

Com relação ao universo as condutas tipificadas, há pouca diferenciação entre os ilícitos e ainda assim são distinções sem relevância substantiva.

No que diz respeito às sanções, verificou-se que ambos os modelos possuem gradação interna de penas, mas que não há gradação intermodelos, nem instrumentos voltados para este tipo de gestão. Os ajustes se dão por mecanismos institucionais, externos aos modelos.

Constatou-se que, apesar de não incluir a restrição de liberdade, os mecanismos repressivos dissuasórios da lei da concorrência são robustos, sendo fator de relevância no entendimento do crescimento dos resultados recentes.

Contudo, por ser exclusiva ao modelo penal, a pena de restrição à liberdade pode sinalizar um parâmetro para uma re-estruturação dos modelos normativos que dê maior funcionalidade para a composição do sistema repressivo.

Além disso, fatores como a exigência de efeitos (potenciais ou efetivos) das condutas para a caracterização do ilícito e do elemento subjetivo, que no penal exige dolo e no administrativo não exige dolo ou culpa, são índices de diferenciação que não chegam a atribuir grande racionalidade à composição.

Contudo, há indícios de evolução do sistema nos últimos anos com o crescimento dos resultados no combate ao cartel, um dos ilícitos mais lesivos contra a concorrência. Esse progresso pode estar relacionado ao forte desenvolvimento, a partir da edição da Lei 8.884/94, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que é a dimensão institucional no âmbito do Executivo Federal.

Isto tende a reforçar a tese do fortalecimento do paradigma administrativo de repressão. Nesse sentido, a repressão de natureza penal parece cumprir de fato uma função acessória e mesmo simbólica.

Também deve ser considerado o conjunto de transformações na economia e na sociedade brasileira, com fortes impactos sobre a perspectiva do livre mercado.

Por fim, cabe observar que mesmo quando estruturas normativas induzem a disfunções isso não necessariamente inviabiliza um sistema complexo. Até porque, há no plano jurídico uma dimensão tópica capaz de permitir ajustes mesmo quando a dimensão sistêmica não apresente boa configuração.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal Lineamentos de Uma Teoria do Bem Jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 5, p. 5 – 24, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Editora Fórum - Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra – Portugal, Livraria Almedina, 2000.

COSTA, Helena Regina Lobo da Costa. **Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo**. Disponível em: <http://coelhoaraujo.com/publicacoes/crimes_ambientais_sua_relacao_direitoadministrativo.pdf> Acesso em: 06.07.2011.

D´AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Jurídica**, ano 57, nº 375, p. 105 – 126, jan., 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Indício de Prova de Cartel**. In: Reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos - CONJUR. São Paulo: Sede da FIESP/CIESP, 2003. Disponível em: < http://www.sampaioferraz.com.br/artigo_tercio_05_08_08_2.html > Acesso em: 06.07.2011.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª. Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência. Comentários à legislação antritruste**. 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, nº 33, p. 122 – 129, jan/jun, 1982.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo, Lex Editora, 2007.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antonio de Moura (Coord.). **Intervenção do Estado no domínio econômico. Temas atuais**. São Paulo, Lex Editora, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª edição, São Paulo, Malheiros Editora, 2008.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **O Estado, A Empresa e O Contrato**. 2ª. Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

JANSEN, Letácio. **Introdução à Economia Jurídica**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: O crime de Formação de Cartel**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2008.

MELLO, Maria Thereza; POSSAS, Mario L. Direito e Economia na análise de condutas anticompetitivas. In: POSSAS, Mário L. (org.). **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo, Singular, 2002.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2007.

_____. Sanção Administrativa e o princípio da culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, nº 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

MIGOWSKI, Vinícius Fonseca. **A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO**. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/prêmios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/MH/monografia_.pdf> Acessado em: 06.07.2011.

MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 2, p. 27 – 40, abr/jun, 1993.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia. Introdução ao direito econômico**. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo, Renovar, 2004.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de derecho público económico**. 3ª edição, Granada – Espanha, Comares Editorial, 2004.

OSORIO, Mario Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. 1ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 28, Revista dos Tribunais.

ROSENBERG, Bárbara; BERARDO, José Carlos da Matta; EXPOSTO JUNIOR, Antonio T. Os Cartéis na Legislação Concorrencial Brasileira: Teoria e Prática. In: VILARDI, Celso Sanchez et al. **Direito penal econômico - Análise contemporânea**. São Paulo, FGV Law – Editora Saraiva, 2009.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade de Risco”. Notas Sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. **Revista Liberdades - Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM** - nº 7 - maio-agosto de 2011. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf> Acesso em: 06.07.2011.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mário L. (org.). **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo, Singular, 2002.

SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis nº 8.137/90 e 8.884/94. In: VILARDI, Celso Sanchez et al (coord.). **Direito Penal Econômico. Análise Contemporânea**. São Paulo, FGV Law – Editora Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 3, nº 11, p. 208 – 230, jul/set, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1ª. Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1, 7ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.