



IV Mostra de Pesquisa
da Pós-Graduação
PUCRS

O Princípio da Necessidade Penal: um estudo acerca da sua eficiência a partir da análise da tutela jurídica da ordem econômica em sentido estrito

Débora Poeta Weyh,
Fábio Roberto D'ávila (orientador)

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS,

Resumo

O projeto de pesquisa está inserido na atual discussão acerca da legitimidade do direito penal nos novos espaços sujeitos a sua intervenção, especialmente na economia, partindo de uma reflexão acerca da necessária e problemática relação entre Direito, Estado e Economia. Destina-se ao estudo, mais especificamente, dos crimes contra a ordem econômica em sentido estrito, ou seja, aqueles que atentam contra a livre concorrência, previstos nos artigos 4º e 5º da Lei n. 8.137/90. Nesse viés, a primeira problemática apresentada relaciona-se à fragmentariedade do direito penal, ou seja, se a livre concorrência pode ser considerada um bem jurídico digno de tutela penal. Para esse primeiro problema, partimos da hipótese de que a ordem econômica mostra-se como um valor merecedor de tutela penal, especialmente frente à sua importância em economias de mercado ainda frágeis, próprias de países como o Brasil. A carga valorativa desse bem jurídico, ademais, vem expressamente consubstanciada no texto constitucional (art. 173, § 4º, da CF). Assim, diante da necessária relação axiológico-normativa entre os valores constitucionais e os bens jurídico-penais (Figueiredo Dias), a pesquisa parte da legitimidade do direito penal na tutela da livre concorrência.

O problema central da pesquisa, dessa forma, supera questões de fragmentariedade, relacionando-se, especialmente, com a subsidiariedade do direito penal. Esse princípio, próprio do direito penal de um Estado Democrático de Direito, apesar de retratado de forma corrente na doutrina, tem sido muito pouco considerado quando da tomada de decisões político-criminais acerca da criminalização de determinadas condutas, especialmente relacionadas ao denominado direito penal secundário. Ao acréscimo das leis criminalizadoras não vem acompanhado uma discussão acerca da necessidade da tutela penal. O problema que

se apresenta é: quais os critérios devem ser seguidos para limitar a incidência do direito penal apenas aos casos em que os outros ramos do ordenamento jurídico se mostrem ineficazes na proteção de um determinado bem jurídico? É nesse sentido que a pesquisa será desenvolvida, notadamente diante da (des)necessidade de uma dupla tutela quando o direito administrativo sancionador mostrar-se eficiente na proteção do bem jurídico. O estudo será realizado tendo como base de análise os crimes contra a livre concorrência (arts. 4º e 5ª da Lei nº 8.137/90) justamente em razão da eficiência da tutela administrativa conferida a esse bem jurídico pela Lei nº 8.884/94 e exercida pelo Conselho Administrativo da Ordem Econômica (CADE). Nesse mesmo contexto, é importante questionarmos se a eficiência da tutela administrativa, por si só, afasta da necessidade da tutela penal, especialmente diante da ausência de elementos capazes de demonstrar se a eficiência da tutela administrativa não está relacionada à existência de normas penais promovendo esta tutela. É inevitável o caráter simbólico que vem sendo atribuído ao direito penal, notadamente em relação a esta nova criminalidade. De igual forma, não se pode ignorar a tendência mundial em criminalizar condutas que atentam contra a livre concorrência, devida a importância deste bem jurídico em todos os países que estruturam sua economia no capitalismo. Não obstante, a importância de determinado bem jurídico-penal não pode ser vista como uma cláusula aberta ao legislador, sendo imprescindível à imposição de limites materiais, aquém dos quais não se poderia cogitar de necessidade de tutela jurídico-penal.

Introdução

A carência (necessidade) de tutela penal está relacionada à ineficiência de outro meio de tutela menos restritivo de direitos fundamentais (liberdade), a exemplo do direito administrativo sancionador. Dessa forma, diz com os fins do próprio direito penal.

Imperioso aqui ressaltar que a pretexto de analisar a necessidade de uma intervenção penal, não podemos cair em um utilitarismo absoluto, próprio do funcionalismo jurídico, no qual, conforme destaca Castanheira Neves “as categorias de ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil, da funcionalidade, da eficiência, da *performance*”¹. Não podemos pensar apenas na utilidade do direito, ou seja, substituir a indagação “o que é o

¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “Juiz”, ou entre – “Sistema”, “Função” e “Problema” – Modelos Actualmente alternativos da realização do direito.** In: SILVA, Luciano Nascimento (coord.). Estudos Jurídicos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 229/268, p. 250.

direito?” pela “para que serve o direito?”, porquanto “o direito, só temos verdadeiramente como tal, com a instituição de uma validade e não como mero instrumento de racionalização e satisfação de interesses ou de objetivos político-sociais”². Dessa forma, certo que a eficiência, seja do direito administrativo sancionador, como a do próprio direito penal pode ser um critério norteador para ser auferida a carência de tutela penal de determinada conduta. Apenas temos que ter em conta que se trata de um critério e não do único critério. Ou melhor, sempre aliada à análise da eficiência não podemos prescindir de uma valoração axiológica.

Parece evidente que o legislador brasileiro, especialmente quando tratamos do direito penal secundário, não tem primado pela necessidade de tutela penal, pois admitida a importância valorativa de determinado bem jurídico, o direito penal vem sendo usado como *prima ratio*, por mostrar-se a solução mais célere e barata ao anseio popular. Isso efetivamente deve ser evitado, pois, com Faria Costa, podemos referir que a limitação do direito penal à função subsidiária de bens jurídicos é a “única, em nosso entender, que nos torna legitimamente orgulhosos do patrimônio espiritual de que somos herdeiros. Não é por vivermos em mundo globalizado que devemos esquecer os princípios, as regras, e os axiomas axiológicos que têm feito a grandeza – e simultaneamente a sua fragilidade – dos modelos de vivência comunitária que, com sangue, suor e lágrimas, temos paulatinamente construído desde os tempos da mais remota das antiguidades”³.

O objetivo da pesquisa que está em desenvolvimento relaciona-se com elencar possíveis critérios que podem demonstrar a carência de tutela penal de determinadas condutas. Entre esses, no que tange aos tipos penais objeto desse ensaio, questiona-se a possibilidade de a eficiência da tutela administrativa realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode ser um critério válido para demonstrar a ausência de necessidade de intervenção penal nessa seara.

Para analisarmos se a ordem administrativa é eficiente na tutela da livre concorrência, imprescindível o estudo de como ela ocorre no ordenamento jurídico, objetivando, desde já, uma análise comparativa entre a tutela penal e a tutela administrativa.

Em cumprimento ao dever de tutela previsto na Constituição da República o legislador pátrio prevê dois sistemas de proteção da ordem econômica em sentido estrito:

² Idem, p. 259.

³ COSTA, José de Faria. “A Criminalidade em um mundo globalizado: ou playdoyer por um directo penal não securitário. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 135, n. 3934, set/out, 2005, Coimbra Editora, p. 39.

administrativo e penal. Em ambos o legislador tornou ilícito as práticas consideradas anti-concorrências pelo direito econômico, dentre as quais se destacam: os cartéis, que podem ser conceituados como “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”⁴; os acordos temporários voltados à eficiência ou à restrição de uma parte do mercado relevantes, o preço predatório (*underselling*), entre outras que não serão aqui conceituadas em razão da exigüidade que é característica de um projeto de pesquisa.

A tutela administrativa está conferida, atualmente, pela Lei nº 8884/94 - Lei antitruste brasileira, que se destaca por transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal e por sistematizar as hipóteses caracterizadoras de infração à ordem econômica. O CADE atua tanto na repressão dos ilícitos econômicos como na sua prevenção, especialmente por meio de atividades relacionadas com a aprovação dos atos que possam prejudicar a livre concorrência ou que possam resultar em domínio de mercado. A pesquisa se destinará, portanto, à análise dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94, tomando-se como referencial tanto a doutrina administrativa como econômica sobre o tema. Da mesma forma, pretende-se analisar a jurisprudencial do Conselho a respeito do tema, pois inclusive na esfera administrativa tem predominado o entendimento de interpretação restritiva dos tipos-ilícitos.

Muito embora seja necessário um aprofundamento da pesquisa para trazer dados mais concretos sobre a eficiência da proteção penal da livre concorrência, como primeira impressão parece que se caracteriza como ineficiente. Isso porque, assim como em outros delitos econômicos, é muito difícil a punição dos autores dos crimes, diante de problemas como a responsabilidade objetiva, por exemplo. A punição de uma determinada empresa pela infração administrativa de cartel, *v.g.*, é muito mais simples do que a responsabilização penal dos seus diretores pelo delito de cartel. Além disso, a impunidade está relacionada à falta de provas concretas para fundamentar a pretensão punitiva do Estado. Para corroborar a impressão inicial, qual seja, da ineficácia do direito penal na tutela dos crimes contra a ordem econômica, ressalta-se que praticamente inexistente no âmbito dos Tribunais (incluindo os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais dos Estados, o Superior Tribunal de Justiça e o

⁴ Conceito retirado no Anexo I da Resolução nº 20/99 do CADE, a qual dispõe, de forma complementar, sobre o

Supremo Tribunal Federal) precedentes jurisprudenciais de mérito quanto aos tipos penais elencados nos artigos 4º, 5º ou 6º, todos da Lei 8137/90. Depois de uma longa pesquisa nesses Tribunais encontramos, tão-somente, precedentes que versam sobre a competência para processamento e julgamento destes feitos, ou seja, se deve competir à Justiça Federal ou à Justiça Comum dos Estados. Seguindo essa linha, Ferrari refere inexistir qualquer condenação transitada em julgada por abuso do poder econômico no âmbito criminal, o que indicaria que a interferência no âmbito administrativo decorre de uma opção política legislativa. Assim, estaria demonstrada a desnecessidade da interferência da via penal quando o procedimento sancionatório administrativo é aplicado de forma imparcial, célere e efetiva⁵. No mesmo sentido, Reale Jr. afirma que a sanção penal concernente às condutas restritivas à concorrência tem sido relegada à condição de letra morta porquanto a tutela administrativa através da Secretaria de Direito Econômico e do CADE tem sido eficaz na sua repressão, o que seria comprovado pelo fato de que o próprio Ministério Público, que atua junto a esta autarquia, não tem proposto ação penal nos casos em que se observa a condenação administrativa⁶.

Talvez seja esse um critério importante para análise da carência de tutela penal, bem como seja capaz de demonstrar a inexistência da necessidade da tutela em relação aos ilícitos que atentem contra a livre concorrência. Inobstante, é importante destacar, desde já, que em alguns países, mesmo diante de uma proteção extra-penal eficiente nesta área, os doutrinadores contatam necessidade de pena e reclamam a criminalização de algumas condutas. Nesse sentido, pode-se enfatizar o exemplo da Alemanha, que embora exista desde 1954 uma legislação administrativa reprimindo as práticas restritivas da competência, a maioria da doutrina é favorável à criminalização das práticas restritivas mais graves. Conforme os ensinamentos de Tiedemann, desde 1975 uma comissão de expertos no assunto havia recomendado ao Ministério da Justiça a criminalização das condutas que atentem de forma mais grave à livre concorrência. Inobstante, o Ministério da Economia, pressionado por lobbies da indústria alemã, se opôs a tal criminalização. Apesar da pressão dos empresários e, também, de haver fortes sanções econômicas impostas pelo “Bundeskartellamt”, em 1997 o legislador penal alemão considerou necessária a introdução de, pelo menos, um tipo penal

processo administrativo.

⁵ FERRARI, Eduardo Reale. Legislação Penal Antitruste: Direito penal econômico e sua aceção constitucional. Disponível em: < www.realeadvogados.com.br/pdf/edu.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2008)

⁶ REALE JR, Miguel. Despenalização no Direito Penal Econômico. Uma terceira via entre o Crime e a Infração Administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, N. 28, out/dez 1999, pp. 116/129, p. 124.

para proteger a competência: o artigo 298, o qual prevê acordos em licitações e concursos públicos⁷.

Portanto, não podemos cair na tentação de conclusões precipitadas, sendo imprescindível um estudo cuidadoso acerca da matéria, face à importância que possui para o direito penal contemporâneo.

Metodologia

O presente trabalho será desenvolvido essencialmente por meio de pesquisa bibliográfica, a partir da qual se propõe um estudo de revisão crítica sobre a legitimidade do direito penal para a tutela dos ilícitos econômicos que colocam em risco a livre concorrência. Tal revisão bibliográfica será feita não apenas com base na doutrina nacional, mas, sobretudo, a partir da doutrina internacional (norte-americana, européia e latino-americana), porquanto são raros os ensaios em nosso país que tratam especificamente do tema objeto do presente estudo.

A abordagem será essencialmente jurídico-dogmática, sempre atentando para a relação existente entre a Constituição e o Direito Penal. Um enfoque tal, obviamente, não impede – senão recomenda – que o objeto de estudo seja devidamente construído a partir de uma abordagem interdisciplinar, principalmente porque esta forma de criminalidade complexa está amalgamada aos fenômenos sociais próprios da globalização.

Referências

ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Derecho Penal y Libre Competência. In: CUESTA AGUADO, Paz de Mercedes de la. (org) **Derecho Penal Económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 79/146.

ARAÚJO JR, João Marcello de. **Dos Crimes contra a Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BATISTA, Nilo. Concepção e Princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção dos consumidores no Brasil. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. N. 33, jan/jun. 1982, pp. 78/201.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Paidós: Barcelona, 1998; BECK, Ulrich. *Políticas Ecológicas em la edad del riesgo*. El Roure: Barcelona, 1998.

⁷ TIEDMANN, *apud* ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Derecho Penal y Libre Competência. In: CUESTA AGUADO, Paz de Mercedes de la. (org) **Derecho Penal Económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 79/146, p. 88.

BORGES, Alexandre Walmott. A Ordem Econômica das Constituições do Brasil e Portugal. **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba, v.2, n.1, pp. 26/34, out.1999.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal. Algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. **Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 437/468.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, V. 2, N. 2, abr./jun 1992, pp. 173/205.

D'AVILA, Fabio Roberto . Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Direito Penal e direito sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 60. mai-jun. 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio Derecho Penal 'Mínimo' y Nuevas Formas de Criminaliad. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 9, época 2, 2002, pp. 147/167.

FARIA COSTA, José de. O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 9, N. 34, abril/jun. 2001, pp. 09/25.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os Princípios da Proteção de Bens Jurídicos e da Subsidiariedade no Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pp. 401/426.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 3.ed. Madrid: Trotta, 1998.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Tradução: Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Tirant lo Banc: Valencia, 1999, pp. 68-69)

ÍÑIGO CORROZA, Elena. La Relevância del Fraude em los Delitos de Competencia. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Liberdad Económica o Fraudes Punibles?** Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 283/305.

PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho Penal alemán: Fragmentário? Subsidiário? Última Ratio? Refelxiones sobre la razón y limites de los principios limitadores del Derecho penal. In: ROMEO CASABOA, Carlos Maria. **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 427/446.

REALE JR, Miguel. Despenalização no Direito Penal Econômico. Uma terceira via entre o Crime e a Infração Administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, N. 28, out/dez 1999, pp. 116/129.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de Cuello Blanco**. Tradução Rosa del Olmo. Buenos Aires: La Piqueta, 1990.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y el derecho penal económico. **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales**, Año 4, N. 5 a 8. 1975, pp. 461/475.