

# Crimes de abuso de poder econômico

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Intervenção do Estado na economia.* 3. *Direito Econômico.* 4. *Direito Penal Econômico.* 4.1. *Ração de existência.* 4.2. *Autonomia.* 4.3. *Utilização da Teoria Geral do Direito Penal.* 4.4. *Características da especialização.* 4.5. *Crimes Econômicos.* 5. *Crimes de abuso de poder econômico.* 5.1. *Visão geral.* 5.2. *Tipos penais da Lei n.º 8.137, de 1990.* 6. *Crimes contra a ordem tributária, as relações de consumo e de concorrência desleal.* 7. *Conclusão.*

### 1. *Introdução*

O objetivo do presente estudo é focar os *crimes de abuso de poder econômico*, que constituem uma parcela do estudo do Direito Penal Especial denominado *Direito Penal Econômico*.

Para se chegar a tal detalhamento, há que se entender como, num regime de livre iniciativa, admite-se uma intervenção do Estado na Economia, condição para se falar em Direito Econômico e no seu recente desmembramento, Direito Penal Econômico.

Assim, o método adotado é explicar o intervencionismo estatal, o surgimento do Direito Econômico, a utilização de instrumentos de Direito Penal para assegurar o normal funcionamento da política econômica e as razões que levaram à especificação, em leis extravagantes, como variantes do Direito Penal Comum.

### 2. *Intervenção do Estado na Economia*

O pensamento liberal vingou a partir do final do século XVIII, liderado por ADAM SMITH e LOCKE, sintetizado na máxima do *Laissez-faire, laissez-passer* segundo a qual o Estado não deveria se intrometer na atividade

econômica, pois o mercado se regulava por si próprio, de acordo com a "Lei da Oferta e da Procura".

A injustiça na repartição de riquezas, crises sociais, duas guerras mundiais e a quebra da Bolsa de Valores nos EUA, em 1929, demonstraram a insuficiência dessa teoria para que a atividade econômica totalmente livre possibilitasse o bem-estar social. A tese, calcada na ética protestante reinante na Inglaterra, não resistiu à realidade gananciosa na luta por fortunas, onde os mais fortes arrasavam os mais fracos, dominando mercados, afetando a concorrência, o abastecimento, explorando trabalhadores, desrespeitando os consumidores...

O antídoto contra o Estado Liberal foi o advento do Estado Social, defendido por KARL MARX, onde, através da supressão da propriedade privada e da livre iniciativa, ao Poder Público cabia o desempenho da atividade econômica e a produção da riqueza a ser repartida entre os homens na medida de suas necessidades.

GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL (*Teoria Geral do Direito Econômico*, pp. 15/17, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1977), comentando o socialismo, concluiu que a "ausência do mercado, as restrições implícitas à liberdade, vedam, sob a organização socialista, a comunicação eficiente das intenções de consumo ao aparelho produtor e eliminam instrumentos de aferição de eficiência produtiva, ferindo o processo de desenvolvimento em seu foco dinâmico: a criatividade social para a inovação econômica".

Essa ineficiência do Estado como empresário, levando à ausência de competitividade (tão bem diagnosticadas por MIKHAIL GORBACHEV — in *Perestroika — Novas Idéias para o meu País e o Mundo*, pp. 19/27 - Ed. Best Seller, 5ª ed., São Paulo, 1987) foi que levou à derrocada do socialismo, como fim da União Soviética, a queda do Muro de Berlim e as Revoluções do Leste Europeu.

Como solução para o desajuste dessas duas visões radicais do papel do Estado na economia foi desenvolvida a noção intermediária de "Estado Bem-Estar" (*Welfare State*) onde, asseguradas a propriedade privada e a livre iniciativa, é preconizada a "função social do detentor da riqueza" (expressão de LÉON DUGUIT citada por HELY LOPES MEIRELLES em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., p. 495, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1987). Destarte, a propriedade e a atividade econômica são reservados à iniciativa privada como meios de assegurar o bem-estar social, cabendo ao Estado um papel incentivador e regulador (daí resultando a fiscalização e a repressão), com vistas ao fiel funcionamento do mercado e dos mecanismos de concorrência.

Surge, então, a figura da intervenção do Estado na economia para impedir abusos e para incentivar a concorrência no mercado, para, através dela, alcançar-se a produtividade e a competitividade que vão resultar no bem-estar geral.

### 3. *Direito Econômico*

A partir dessa noção de “Estado Bem-Estar” é que foi se desenvolvendo um ordenamento jurídico destinado a regular a intervenção do Estado na economia. Trata-se de mais uma característica do Estado de Direito, que se autolimita, nos termos de sua Lei Maior. Essa noção de Estado de Direito, de Estado limitado pela Lei, transformou as Constituições, de meros Estatutos criadores e estruturadores do Estado, em documento que também estabelece os direitos do indivíduo e da sociedade, aos quais foi acrescentado o *ordenamento econômico*.

Examinando o texto da Constituição Federal de 1988, concluiu IVES GANDRA DA SILVA MARTINS — in *A Revisão Constitucional da Ordem Econômica* (trabalho apresentado no 6º Congresso Internacional de Direito de Informática em São Paulo, 29 de outubro de 1992) — que “o modelo econômico plasmado na Constituição é decididamente um modelo neoliberal”, que, no dizer do insigne jurista “assemelha-se mais ao social liberalismo ou à social democracia, variantes semânticas de um modelo de política econômica”, em que a liberdade de iniciativa une-se à justiça social, tornando as leis do mercado sábias, na medida em que fortalece um poder corretor do Estado contra o abuso do poder econômico.

Dai surgir o Direito Econômico, que, no dizer de EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 — Interpretação e Crítica*, p. 168, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1990), “se aplica a regulamentar as medidas de *política econômica*,” esclarecendo que “o que o peculiariza como *ramo do Direito* e, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica da política econômica do Estado”.

A ordem econômica é tratada nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal de 1988, que estabelece mecanismos de fomento, de incentivo, de tributação e moeda, de criação de empresas estatais e, por fim, de repressão ao abuso de poder econômico, como formas de intervenção do Estado na economia.

A repressão é, portanto, um fator excepcionalíssimo, dentro da exceção que é o Estado interferir na economia. É dessa repressão que sai o extrato do Direito Penal Econômico.

### 4. *Direito Penal Econômico*

#### 4.1. *Razão de existência*

A punição de crimes econômicos, isto é, crimes contra a ordem econômica, não é situação recente, decorrente da evolução dos negócios. KLAUS TIEDEMANN dá notícia de que já no Direito Romano se reprimiam práticas contra o abastecimento do mercado, *verbis*:

“A tale proposito il diritto romano conobbe il reato dell'incetta e della speculazione allo scopo di assicurare la distribuzione dei cerea-

li, e Diocleziano introduse la legge sul calmere per fissari limiti massimi delle merci e dei salari, sotto minaccia di pena di morte". (Riv. Trim. Diritto Penale dell'Economia, 1988, XVIII, p. 2.)

Mas a existência de um Direito Penal Especial, dentro do estudo do Direito Econômico decorre do fato de que este não dispõe de mecanismos e sanções aptos a inibir ou a reprimir lesões mais graves à ordem econômica, instrumento de desenvolvimento do Estado e do Bem-Estar Geral. Através da criminalização de certas condutas, tidas como graves por afetarem a bens e direitos relevantes, considera-se que não estão em jogo apenas os interesses das empresas que atuam no mercado, mas sim um número indeterminado de pessoas que são destinatárias da atividade econômica e, por isso, devem ser protegidas contra atividades fraudulentas e especulativas.

O Direito Penal Comum, por sua vez, considera-se em crise, por não mais ser um instrumento eficaz para o controle da ordem; o seu principal mecanismo, a pena restritiva de liberdade, jamais funcionou como fator de ressocialização do preso; limitou-se a cumprir uma função de retirada do criminoso da vida em sociedade, o que, em virtude da convivência entre delinquentes, aumentou o número de reincidências (estudos realizados na Alemanha demonstraram que quanto maior a pena maior o índice de reincidências).

Houve tendências mais radicais, procurando abolir o Direito Penal, utilizando-se sanções administrativas e civis, suprimindo-se, até mesmo, a palavra crime, que seria substituída por "ato indesejável" ou "comportamento inaceitável".

No Brasil, contudo, ainda não há uma sociedade desenvolvida a esse ponto, eis que o índice de criminalidade *violenta* é por demais elevado.

Para atender tais casos, surgiu a postura da "intervenção mínima", reservando o Direito Penal a situações *extremas*, despenalizando-se pequenos crimes, ou, ao menos, substituindo-se a pena privativa de liberdade por multas, penas restritivas de direito e, quando muito, adotando-se a suspensão condicional da pena. Esta deveria ser a tendência natural do Direito Penal para tornar-se efetivo.

O recente episódio da Casa de Detenção de Carandiru, em São Paulo, que resultou na demissão do Secretário de Estado de Segurança e do afastamento de vários policiais envolvidos no massacre de presos amotinados, demonstra que o Estado, quando consegue cumprir os inúmeros mandados de prisão que são expedidos (portanto, de raros casos em que o réu não logrou absolvição ou escapou graças à prescrição), não consegue dar cabo de adequar a pena de restrição da liberdade aos seus fins, de punir o criminoso retirando-lhe o bem mais precioso, afastar o mal do convívio social e reeducar o preso. O escândalo da FEBEM/SP, envolvendo menores infratores que fugiram após incendiar o prédio e destruir bens, e a denúncia da administração

do Presídio da Ilha Grande-RJ já ter sido atribuída ao Comando Vermelho só reforçam o argumento.

É nesse cenário que surge o Direito Penal Econômico, que, em movimento inverso ao da despenalização, busca a criminalização para uma punição especial de lesões a direitos supra-individuais e interesses coletivos e difusos. Em relação à pena de prisão, a utilização de penas curtas (outrora tidas como ineficientes, pois o preso sofria dos malefícios do sistema sem dispor do tempo para a reeducação), sem o direito a *sursis*, revelou-se extremamente eficaz nos Estados Unidos da América, onde a filosofia adotada é do *short, sharp, shock*.

Mister se faz trazer à baila o exemplo do caso colombiano, onde a simples prisão do mafioso Pablo Escobar não inibiu qualquer de suas práticas delituosas, culminando com sua fuga.

Daí a *pena* do crime econômico ter que ser *adaptada* ao tipo de criminoso e ao proveito por ele auferido, atingindo-se, via de consequência, o seu patrimônio.

O crime do colarinho branco (*white collar crime*) é capaz de produzir tão elevados lucros econômicos que a simples prisão não é suficiente para inibir a sua realização, já que, cumprida a pena, o criminoso poderá usufruir de todas as vantagens da prática delituosa. Não é demais lembrar que a *coerção* é um dos *elementos* da norma jurídica (NORBERTO BOBBIO prefere o uso do termo *sanção*).

Não há como deixar de se reconhecer o acerto do entendimento de que a adequada realização da política econômica do Estado resulta em proveito de todos, sendo um dos seus fins; daí a repressão de condutas que impeçam a realização de tais finalidades.

Entretanto, a banalização do Direito Penal (criminalizar tudo) e a sua crise (impossibilidade do Estado de fazer cumprir as penas adequadamente) são fatores que deveriam forçar alternativas mais sérias à efetiva repressão de condutas contrárias ao normal funcionamento do mercado e da economia. Até porque, para o criminoso do colarinho branco, em especial, a inteligência é a maior arma, não conseguindo as leis acompanhar a velocidade dos fatos.

#### 4.2. *Autonomia*

MANOEL PEDRO PIMENTEL, em seu conhecido estudo denominado *Direito Penal Econômico* (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, pág. 15), após elencar posicionamentos de diversos juristas, conclui que o Direito Penal Econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, *não é autônomo* — “Trata-se, simplesmente, de um ramo do Direito Penal Comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas,

inegável é, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se colocam em volta de todos os preceitos penais. Não se trata, portanto, de um Direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do Direito Penal Comum, que toma emprestada apenas a sanção mais severa, que é a pena. Não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do Código Penal, em leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do Direito Penal Económico”.

#### 4.3. Utilização da Teoria Geral do Direito Penal

A consequência disso começa pela caracterização do crime, que deve obedecer a Teoria Geral do Direito Penal, segundo a qual crime é um fato típico e antijurídico, estando nesse fato típico (definido na lei penal como infração) uma conduta humana consciente e dirigida a uma finalidade. É a Teoria Finalista da Ação, adotada pela nova Parte Geral do Código Penal — Lei nº 7.209, de 11-7-84 — em oposição à Teoria Naturalista ou Causal da Ação.

Enquanto na Teoria Naturalista, a conduta (um dos elementos do fato típico) é enfocada apenas como um comportamento corporal, natural, físico, na Teoria Finalista é analisado, também, o *juízo de valor que acompanha a ação*. É a *vontade* dirigida a um fim que caracteriza a conduta criminosa, examinando-se aí o *dolo* ou a *culpa* como elementos do tipo penal.

Na *antijuridicidade*, enfoca-se a contrariedade de uma conduta diante do ordenamento. A princípio, todos os fatos típicos são também antijurídicos, salvo se ocorrerem *hipóteses excludentes* dessa antijuridicidade, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito. Nos crimes em que somente a vítima pode intentar a ação penal, o consentimento desta, antes ou durante a prática do fato, também exclui a antijuridicidade.

Assim, ocorrido o fato típico e antijurídico, está caracterizado que houve crime. A *culpabilidade* é pressuposto de imposição de pena. Destarte, pode haver crime sem punição se houver causas de exclusão da culpabilidade. Caracteriza-se a culpabilidade pela *imputabilidade* (excluída, por exemplo, em casos de doenças mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, embriaguez completa), *potencial consciência da injuridicidade* e a *exigibilidade de conduta diversa*. A menoridade, a embriaguez, a doença mental, a coação, o erro de proibição são fatores que excluem a culpabilidade e, via de consequência, a imposição da pena.

Havendo crime e imponible a pena, mais uma vez recorre-se ao Código Penal para a punição do crime económico, ainda que tipificado em lei especial. É uma decorrência do artigo 12 do Código Penal.

São três os tipos de pena:

- Privativas de Liberdade
- Restritivas de Direitos
- Multa

As penas privativas de liberdade são a reclusão e a detenção e diferem quanto ao regime de cumprimento (vide artigo 33 do Código Penal) e quanto ao processo (fiança e prisão provisória). Na prática, porém, já não há grandes diferenças já que os estabelecimentos penais, superlotados, não têm dispensado a devida distinção de tratamento.

No caso do crime econômico, a inaplicabilidade da pena privativa de liberdade à pessoa jurídica tem levado à opção pela multa.

As penas restritivas de direito constituem novidade introduzida com a reforma da parte geral do Código Penal (artigo 43), e são a prestação de serviços à comunidade, a restrição de direitos e a limitação de final de semana. Nos crimes dolosos só é cabível a sua utilização se à pena for inferior a um ano.

A multa, prevista nos artigos 49 a 52 do Código Penal, pode ser aplicada cumulativa ou alternativamente em relação à pena privativa de liberdade.

A multa (após a reforma do Código Penal) não mais é fixada em moeda corrente, mas através do sistema do dia-multa (artigo 49), num mínimo de 10 (dez) e máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O roteiro para a aplicação é o mesmo para a fixação da pena privativa da liberdade. O valor do dia-multa é de 1/30 (um trinta avos) a 5 (cinco) vezes o salário mínimo. Há decisões do Eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica ao Direito Penal o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, pois não está em jogo "correção monetária", ou "política econômica"; na doutrina, apenas MIRABETTE comenta o tema no sentido da conclusão do Eg. STF, enfocando a Lei nº 6.205, que já vedava essa vinculação ao salário mínimo. Também o Professor MIGUEL REALE JÚNIOR — in *FIESP Anais do Conjur*, vol. XXVII, Reunião de 22-10-91 — provocado pelo ilustre professor advogado na área trabalhista OCTÁVIO BUENO MAGANO, sustenta que o que o constituinte quis evitar foi a *repercussão econômica da vinculação*.

O parágrafo 1º do artigo 60 autoriza o julgador a ampliar até o triplo a pena máxima em razão da pessoa (situação econômica) do réu.

A Lei nº 8.137/90, em seu artigo 10, entretanto, prevalece em relação ao artigo 60, § 1º, do CP — elevação ao décuplo (a "Lei do Colarinho Branco", já a previa); se o réu é solvente e frustrar a execução, o Juiz pode converter a pena de multa em pena de detenção, convertendo o número (e não o valor) de dias-multa em detenção, não podendo ser superior a um ano.

HELENO FRAGOSO e DAMASIO DE JESUS entendem que deve haver, primeiro, a execução, e só se esta for frustrada é que cabe a conversão; MIRABETTE entende que basta o não-pagamento para haver a conversão.

O artigo 59 do CP, trata de Circunstâncias Judiciais — comportamento da vítima. A tarefa do julgador é escolher a pena (a Lei nº 8.137/90 não fixa qualquer diretriz para opção entre multa ou privação de liberdade, na Lei de Sonegação Fiscal há um comando que fixa a multa para o réu primário). O Juiz deve fundamentar a decisão (a individualização da pena é uma garantia do condenado).

A Lei nº 8.137/90 fixa multa em BTN. O Prof. EVARISTO DE MORAIS — palestra no Curso de Direito Antitruste da Faculdade Cândido Mendes, Ipanema — entende que o valor é fixado na forma do artigo 12. A multa em BTN só se aplicaria aos artigos 1º a 3º da Lei nº 8.137/90 (pena cumulativa com a restrição). Em relação aos artigos 4º e 5º, se houver opção do Juiz pela pena de multa, utilizará a parte geral do CP, salvo na hipótese de aumento especial já mencionado. Frustrado o pagamento, cabe a conversão.

A segunda alternativa do Juiz é aplicar a pena privativa de liberdade — no caso de pena mínima, cabe *sursis*, nos termos do artigo 77 (pena não superior a 2 anos), por um período de 2 a 4 anos (período de prova, durante o qual são estabelecidas condições: no primeiro ano, o condenado beneficiado terá que cumprir pena restritiva de direitos — serviço à comunidade ou limitação de fim de semana — excepcionalmente pode haver dispensa — artigo 78, CP).

A terceira alternativa é condenar à pena privativa e não conceder o *sursis* (o Juiz não é obrigado a tanto). A Lei de Execução Penal obriga o Juiz a *examinar* a possibilidade de concedê-lo (obriga a fundamentar a concessão ou denegação do *sursis*), nos casos de réu primário com pena até 2 anos.

A última alternativa (novidade da Lei — artigo 9º), conversão da pena privativa de liberdade em multa (o CP também a admite) — artigos 4º, 5º e 6º.

A questão do fim do BTN (Lei nº 8.177/91):

— crimes anteriores à extinção — valor congelado

— crimes posteriores à extinção — exige lei

Não cabe interpretação extensiva, analogia — pode o Juiz usar índice extinto? (obs.: nenhum processo foi instaurado). O Prof. EVARISTO DE MORAIS entende que o artigo 9º ficou sem eficácia. Mesmo se fosse admitida a utilização do índice que não existe, em caso de não-pagamento, como seria a conversão em pena privativa de liberdade (não é o sistema do dia-multa porque não há esse dispositivo)? Neste caso, poderia se pensar em restabelecer a pena original.

Os crimes econômicos estão previstos no Anteprojeto de parte especial do Código Penal. O Ministério da Justiça pensa em definir um novo sistema jurídico penal para o Brasil (CP, CPP e LEP), onde seriam consolidadas todas as leis especiais.

#### 4.4. Características da especialização

A Constituição Federal, em que o artigo 173, § 5º, preconiza responsabilidade (penal) da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade do sócio — na revisão do texto constitucional anterior à promulgação se retirou a palavra “penal”. Ainda cabe regulamentação. O artigo 11 da Lei

nº 8.137/90 refere-se à pessoa física (a desconsideração da personalidade é a regra). Há projetos nesse sentido (visando, especialmente, à interdição e supervisão de atividades).

Colocada a dificuldade do Direito Penal ser aplicado à pessoa jurídica, PAULO SALVADOR FRONTINI, em tese apresentada ao I Congresso Estadual do Ministério Público, denominada "Crime Econômico por meio da Empresa. Relevância da Omissão Causal" (*Revista de Direito Mercantil* nº 5, p. 42), formula a seguinte questão:

"Como apurar-lhes a responsabilidade individual, se todas as ordens emanam de um órgão colegiado, como a diretoria ou o conselho de administração?"

Trata-se de uma característica do delito econômico, executado, em regra, por meio de organização empresarial, dificultando a apuração da responsabilidade individual dos sócios e dirigentes nos casos supra.

Dáí ter se discutido no Colóquio Internacional "Sistema Penal para o Terceiro Milênio" (RT-663, pp. 390/392) que o "Direito Penal do Terceiro Milênio será um Direito Penal Empresarial".

Ante a inadequação dos princípios clássicos da responsabilidade penal aos preceitos típicos de Direito Penal e a impropriedade das sanções penais, sugere PAULO SALVADOR FRONTINI (ob. cit., pp. 44/47) que, como as sanções penais devem ter caráter pessoal e físico (o que é inatingível na pessoa jurídica) o argumento é responsabilizar os indivíduos que omitiram-se na exação do dever de cuidado ou vigilância. Com tal omissão a que estava adstrito por lei, assumiu o diretor ou gerente o risco de produzir o resultado. Na modalidade culposa, o mesmo ocorre se o agente deixa de aplicar as cautelas necessárias a que está obrigado em face das circunstâncias.

#### 4.5. *Crimes econômicos*

Colocados genericamente os principais aspectos do Direito Penal Econômico, resta mencionar os tipos de crimes econômicos previstos na legislação especial, a saber:

- Crimes contra a Economia Popular — Lei nº 1.521/51
- Crimes Falimentares — Dec.-Lei nº 7.661, de 21-6-45, artigos 186 a 199
- Crimes contra o Mercado de Capitais — Lei nº 4.595, de 31-12-64, artigo 44
- Crimes Cambiários — Lei nº 4.131, de 3-9-62
- Crimes nas Incorporações Imobiliárias — Lei nº 459/64, artigos 65 e 66
- Crimes na Fundação e Administração de Sociedades por Ações — Lei nº 4.728/65, artigos 73 e 74

- Crimes contra o Consumidor — Lei nº 8.078/90, artigos 61 a 80 e Lei nº 8.137/90, artigo 7º
- Crimes contra o Sistema Financeiro da Habitação — Lei nº 5.741, de 1º-12-71
- Crimes contra a Propriedade Industrial — DL nº 7.903/45, artigos 169 a 189
- Crimes contra a Ordem Tributária — Lei nº 8.137/90, artigo 3º
- Crimes de Abuso de Poder Econômico — Lei nº 8.137/90, artigos 4º e 6º.

O 6º Congresso Internacional de Direito de Informática promovido pela ABDI — Associação Brasileira de Direito de Informática, realizado em 29 e 30 de outubro de 1992, em São Paulo — SP. trouxe à baila mais um tipo de crime que escapa às possibilidades do criminoso comum. Trata-se do “Crime por Computador”, que exige a criatividade, o ardis e a técnica do agente para violar direitos alheios em seu proveito.

Nesse passo, DAVID L. TEICHMANN esclareceu que os *computer crimes* podem ser de duas ordens: tipos já previstos na lei penal atingidos através do uso de computadores (ex.: fraudes, furtos etc.), e tipos novos, específicos, como a violação de banco de dados, segredos comerciais e industriais.

A matéria já encontra-se em discussão no Congresso Nacional, onde tais situações, de violação do sigilo de dados e a introdução de vírus em programas, são punidas com pena de detenção.

## 5. Crimes de abuso de poder econômico

### 5.1. Visão geral

A repressão ao abuso do poder econômico tem sede constitucional dispondo o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal 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”.

Diante disso foi editada a Lei nº 4.137, de 10-7-62, que define os tipos de abuso de poder econômico, prevendo sanções administrativas, a cargo do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Posteriormente, a Lei nº 8.158/62, decorrente da aprovação da Medida Provisória nº 204/90 (e suas várias reedições) introduziu a figura da Secretaria Nacional de Direito Econômico, com vistas a auxiliar na apuração dessas infrações.

Antes disso, porém, o Poder Executivo, primeiro através de Medida Provisória (retirada) e depois através de Projeto de Lei, obteve a aprovação da Lei nº 8.137, de 27-12-90, que nos artigos 4º a 7º define “crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo”. Tratou-se, praticamente, de criminalizar as condutas da Lei nº 4.137/62.

O mesmo diploma legal trata, ainda, de definir os crimes contra a ordem tributária.

### 5.2. Tipos penais da Lei nº 8.137/90

Os crimes de abuso do poder econômico são definidos nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/90.

O art. 4º estabelece como crime de abuso de poder econômico a dominação do mercado ou a eliminação total ou parcial da concorrência, estabelecendo, em seis alíneas, a forma de manifestação da *conduta*.

Antes de adentrar em cada uma delas, cumpre destacar que, embora não tenha deixado expresso, o próprio dispositivo constitucional menciona a necessidade do *elemento volitivo* para caracterizar o crime (“... que vise à ...”), o que não destoa da citada *Teoria Finalista da Ação*, norteadora da aplicação do Direito Penal.

A análise do Direito da Concorrência envolve, basicamente, três elementos: os *atores*, a *atividade*, o *mercado*.

Os *atores* são as *empresas*, independentemente da forma ou da personalidade jurídica, e o *Estado*, o qual, além da atividade legislativa e fiscalizadora, também pode exercer a atividade empresarial. As primeiras são o sujeito ativo do crime econômico, cabendo ao Estado (em regra) a punição.

A *atividade* é o desempenho de natureza *econômica* da empresa (comprar, vender, distribuir, produzir, etc.), não se incluindo, aí, as atividades políticas, e de *lobby* (dos sindicatos e grupos de pressão); não é necessário o *intuito lucrativo*, bastando que a atividade seja praticada contra *remuneração*. É nessa atividade que vai se analisar a repercussão criminosa do ato.

O *mercado* é o cenário onde os *atores* exercem a *atividade*; é o espaço *econômico* (e não físico) onde não vão ser sentidos os efeitos da restrição à concorrência e da posição dominante.

Na definição do Mercado são analisados aspectos *geográficos*, tais como o volume da produção e do consumo, os hábitos e as possibilidades econômicas de produtores e consumidores, e aspectos ligados ao *produto* e seus similares, já que a possibilidade de sua substituição amplia o cenário.

A *concorrência* é um comportamento regulado pelo mercado, estimulando a eficiência, o aumento da oferta em quantidade e qualidade, beneficiando, em última análise, o consumidor. Esta é a finalidade em protegê-la; no Estado Liberal, ela seria *pura*, i.é., sem intervenção, com ampla liberdade; no Estado Bem-Estar, porém, ela é do tipo *eficaz*, pois preocupa-se com a *permanência* das empresas no mercado, o que gera a possibilidade de realização de *escolhas*, motivando, assim, a constante competição e busca do aperfeiçoamento.

Destarte, na concorrência eficaz, onde há a presença do Estado, as empresas não destroem umas às outras, garantindo-se o livre acesso aos mercados — o que implica em negação das reservas e a possibilidade de se instalar no mercado quando quiser — e a liberdade de escolha dos consumidores.

Engloba-se, aí, a concorrência atual e a concorrência potencial, que é a possibilidade de novas empresas entrarem no mercado.

Vistos esses conceitos, a restrição à concorrência é aquela que repercute no mercado. Assim, há que se analisar a *sensibilidade* da restrição à luz do *contexto* em que se encontra, não se importando o Direito da Concorrência com toda e qualquer restrição, mas só com aquela que traz uma repercussão sobre a liberdade de ação dos consumidores e fornecedores.

A jurisprudência norte-americana, à luz de tal noção de *sensibilidade* do mercado, firmou uma noção da *razoabilidade* da restrição; em outras palavras, só é considerado antijurídico o comportamento se o domínio do mercado ou a restrição da concorrência não são razoáveis, independentemente da existência de danos individuais.

Vale deixar claro que o crime do art. 4º, I, é material, isto é, exige o resultado — “abusar do poder econômico *dominando* o mercado ou *eliminando*, total ou parcialmente, a concorrência...”. Portanto, para que haja o crime é preciso que ocorra a *dominação* do mercado ou a *eliminação* da concorrência. Em ambos os casos, além do resultado, exige-se o dolo específico na prática da ação, não apenas por ser a *vontade* integrante da *conduta*, conforme a Teoria *Finalista* da ação, como também o próprio texto constitucional exige.

É com esta visão que devem ser enfocados os *meios* de dominação do mercado e de eliminação da concorrência previstos nas alíneas *a* a *f* do inciso I, do artigo 4º.

É claro que não vai ser toda transformação social, como a fusão, cisão, incorporação, coligação, aquisição de empresas ou ações que vai ser sancionada como crime. São institutos típicos do Direito Comercial definidos nos arts. 223 e seguintes da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15-12-76). O mesmo se diga quanto à cessação de atividades, que, assim como o seu início, decorre do princípio constitucional da livre iniciativa (CF, art. 170), o que também ocorre nos ajustes ou acordos de empresas, de que são exemplos típicos a formação de consórcios, joint ventures, parcerias.

É mister que fique claro que quando se pensa em economia de escala e planejamento global da atividade econômica são necessários grandes investimentos e essas aglomerações de capitais e tecnologias (especialmente) só são possíveis através da reunião de empresas ou só se tornam eficientes pela via de terciarização.

Há que se apurar o intuito *doloso* de se dominar o mercado ou restringir a concorrência. Para isso há que se ficar corretamente definida essa noção de *mercado* (englobando território, perfil do consumidor e do produto) e sua sensibilidade as situações decorrentes da livre concorrência.

Já no inciso II, a grande diferença está em que se tipifica um crime formal, ou seja, a lei prevê o resultado mas não exige que ele ocorra para a consumação do fato típico.

Assim, "formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes" é o núcleo do tipo, com a finalidade (expressamente exigida) de:

- a) fixar artificialmente preços ou quantidades vendidas;
- b) controle regionalizado do mercado;
- c) controle de rede de distribuição.

Tratam-se de atitudes que afetam o normal funcionamento do mercado e, via de conseqüência, da economia, através do ataque à *lei da oferta e da procura*.

A regra é que os preços sejam o resultado da combinação entre a demanda dos consumidores e a quantidade de bens oferecidos. Os preços sobem quando aumenta a demanda e abaixam quando sobe a produção (oferta). Fugir disso através de uma combinação entre os concorrentes é violar a lei máxima da economia; daí a preocupação do legislador.

Não é exigida formalização do ajuste, tal como forma escrita, contratual. Basta a ação concertada.

Já no controle regionalizado de mercado elimina-se a concorrência — onde se obtém qualidade ao menor custo — através da divisão de áreas de atuação. É a repartição do mercado, de modo que a atuação dos "concorrentes" não afete a dos demais. Para tanto, é fundamental provar essa *divisão*, o que exige a caracterização da participação dos beneficiários.

O controle da rede de distribuição já visa a atingir a concorrência, atacando-se o abastecimento na rede de distribuição, o que ocorre restringindo-se os destinatários dessa rede.

O inciso III do art. 4º pune a discriminação de bens ou prestação de serviços. Cabe transcrever a lição de ANTÔNIO C. DE AZEVEDO SODRÉ FILHO e LIONEL ZACLIS, em *Comentários à Legislação Antitruste*, p. 58 — São Paulo, Ed. Atlas S.A., 1992 — *verbis*:

"Defrontamo-nos, mais uma vez, com normas de difícil aplicação, considerando-se o fato de que a ordem econômica estabelecida em nossa Constituição prescreve a livre iniciativa e o livre mercado. Qual a exata finalidade da lei, ao empregar o verbo "discriminar"? Este apresenta o sentido de diferenciar, distinguir. Essa distinção ou diferenciação de preços deve ter o fim de estabelecer monopólio.

(...)

(...) A distinção, separação ou diferenciação integra a rotina operacional das empresas.

Os preços são discriminados por motivos de embalagens, quantidade, tipos de produtos, por razões específicas de cada empresa, ou ainda por questões ligadas à rede de distribuição, que impõem suas normas visando uma padronização que permita ao consumidor uma identificação mais fácil.

(...)"

A excessiva criminalização de condutas acaba por acarretar a banalização do Direito Penal, quer pela dificuldade de seu conhecimento e assimilação quer pela exata compreensão daquilo que é reprimido, levando à aplicação do entendimento mais benéfico ao réu.

O inciso IV pune a prática de conduta desleal na redução da oferta, prevenindo-se as seguintes condutas: "açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens da produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou eliminar total ou parcialmente a concorrência". Aqui cuida-se de atingir diretamente as empresas concorrentes, destruindo-as ou aos seus meios de produção. Não há, pois, mero crime de *dano*, como previsto no Direito Penal Comum.

Os incisos V e VII tipificam como condutas delituosas a fixação artificial de preços, seja provocando a sua oscilação, em detrimento das concorrentes, seja elevando-os *sem justa causa*, nesta última hipótese, a idéia do legislador, em consonância com o preceito constitucional, é punir o aumento arbitrário de lucros: no caso do monopólio natural ou de fato, onde não há concorrente, os aumentos de preço devem ser mais monitorados. A majoração de preços sem justa causa, especialmente se constituem matéria-prima ou produtos intermediários, afeta toda a economia e não apenas o adquirente dos bens.

A venda de mercadorias abaixo do preço de custo também é punida, desde que caracterizada a intenção de impedir a concorrência. A prática, definida como "dumping", é freqüente para angariar clientela, inviabilizando a atuação dos concorrentes (que exige um mínimo de margem de lucro). O fator *intencional* aqui merece maior atenção, eis que não podem ser criminalizadas condutas absolutamente normais na prática comercial como são as *ofertas*. Muitas vezes o produto já saiu de linha, ou trata-se de inauguração de loja, ou lançamento de marca, ou ponta de estoque, ou salvado de incêndio ou inundação, etc.

Os arts. 5º e 6º cuidam de condutas equiparadas aos crimes de abuso de poder econômico, crimes de mera conduta.

O art. 5º, I, prevê como crime a exigência de exclusividade de propaganda. Renova-se o argumento sobre a preponderância do aspecto volitivo já que a exclusividade de propaganda é, também, praxe no meio publicitário, decorrente, exatamente da competição entre os meios de comunicação. São freqüentes as expressões "transmissão exclusiva" e "patrimônio exclusivo", que, não necessariamente, tendem a abolir a concorrência, mas, ao contrário, dela resultam, com prevalência da melhor oferta.

Os incisos II e III reprimem as operações casadas, onde se dá o condicionamento da venda de um bem ou prestação de serviço à utilização compulsória de outro bem ou serviço. Algumas situações, contudo, são aceitáveis, como no caso do transporte especial de certos bens como, gases, alimentos resfriados, cimento, produtos químicos, petroquímicos, e demais inflamáveis, por exem-

plo. Nessas hipóteses, a própria responsabilidade do produtor quanto à segurança do produto e do consumidor exige o emprego de meios especiais de transporte, incluído no preço.

Encerrando o art. 5º, o inciso IV fala na omissão injustificada de informações sobre o custo de produção ou preço de venda; é com base nesses dados que é feito o monitoramento de preços, possibilitando à Administração verificar se há ou não abuso. Na realidade, a hipótese é de crime contra a *Administração Pública* e não contra a ordem econômica; o bem jurídico aqui tutelado é a função administrativa decorrente de seu poder de polícia. O Código Penal já estabelece o crime de desobediência para o descumprimento de ordem legal de funcionário público.

O art. 6º, em seus três incisos, cuida da preservação de métodos de controle genérico de preços, tais como congelamentos, tabelamentos, reajustes contratuais, cuja inobservância é definida como crime.

Em que pese ser mecanismo comumente utilizado pelos últimos governos, entendo inconstitucionais os congelamentos e tabelamentos de preços, bem como a vedação ou imposição de índices de reajustes, por violadores dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, além do princípio da isonomia.

O congelamento de preços paralisa situações que, a princípio, são idênticas, colocando-as, forçosamente, numa desigualdade legal. Ora, se um mesmo bem, por força de um congelamento instituído por lei, *deve* assumir diferentes preços conforme a situação em que se encontrava o vendedor, está óbvio o tratamento desigual àqueles que se encontram em idêntica posição. Violado resta, portanto, o princípio da isonomia contido no art. 5º, I, Constituição Federal.

No tabelamento, a situação não chega a ser diferente. Se o regime é de livre concorrência, qualquer empresário pode fixar o preço que bem entender para os seus produtos e serviços. O lucro *justo* não é vedado pela Constituição, sendo, aliás, da essência da atividade econômica; o que se reprime é o lucro *arbitrário*, repressão essa que só pode ser imposta após o devido processo legal, o que quer dizer, análise *casuística*. Destarte, ao fixar *previamente* um "preço justo", não só *igualar* todos os competidores, violando o princípio constitucional da livre concorrência (CF, artigo 170, IV), como se substitui ao empresário na fixação daquilo que deve ser o resultado da sua atividade econômica e, o que é pior, considera *arbitrários*, sem o devido processo legal, todos os demais preços que dessa fixação diferirem.

Igualmente não existe razão para a intervenção na autonomia da vontade estabelecendo índice contratual, que reflete diretamente no preço, contrariando, pois, os argumentos supra.

É assim, ao nosso ver, inaplicável, por inconstitucional, o artigo 6º da Lei nº 8.137/90.

## 6. Crimes contra a ordem tributária, contra as relações de consumo e de concorrência desleal

Ainda na Lei nº 8.137/90 são definidos crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, que, apesar de serem estudados dentro do Direito Penal Econômico, constituem outros ramos especializados.

Nos crimes contra a ordem tributária, a tipificação foi calcada nas Leis nº 4.729, de 14-7-65, 4.357, de 16-7-64 e 4.502, de 30-11-64, instituindo crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita. É fundamental a caracterização do dolo. Vale esclarecer, porém, que o Código Penal, através dos crimes de estelionato, falsificação de documento e de apropriação indébita, já propiciava, s.m.j., tipos que levariam ao mesmo objetivo.

Quanto aos crimes contra o consumidor, a discussão existente é sobre a legislação prevalente: se a Lei nº 8.137/90 ou a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); o Código de Defesa do Consumidor foi publicado em setembro de 1990 para vigorar em março de 1991, portanto, após a edição da Lei nº 8.137, em dezembro de 1990, sustentando alguns que esta última estaria revogada.

Pessoalmente acho que, no máximo, ocorreu o contrário. O processo legislativo do Código de Defesa do Consumidor foi concluído em setembro de 1990, data a partir da qual, com a publicação, adquiriu vigência, ainda que a eficácia (produção de efeitos) tenha sido postergada. A vigência de lei posterior regulando o mesmo tema — crimes contra o consumidor — revogou a lei anterior; prevalece, pois, a Lei nº 8.137/90, naquilo que dispôs de forma diversa do Código de Defesa do Consumidor, mantidos neste as demais figuras penais não previstas na Lei nº 8.137/90. O Código de Defesa do Consumidor, na parte final do artigo 61, ressalvou os tipos previstos em outras leis especiais.

Sobre concorrência, uma última notícia deve ser dada acerca da "concorrência desleal" definida também como *crime contra a propriedade industrial*. A matéria foi regulada no art. 128 do Código de Propriedade Industrial — Lei nº 5.722, de 21-12-71, que expressamente manteve os arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, até que entrasse em vigor o "novo" Código Penal (DL nº 1.004, de 21-10-69), o que acabou não ocorrendo. A concorrência desleal veio definida como crime no art. 178 do DL nº 7.903/45, que prevê tipos ligados ao desvio de clientela com meios fraudulentos como a falsa afirmação contra concorrente, falsa indicação de procedência do bem, utilização de métodos de apresentação do bem semelhante ao do concorrente, induzindo o consumidor a erro, substituição do nome do fabricante pelo seu próprio nome, violação do segredo de indústria, aliciamento de empregados dos concorrentes para obtenção de informações.

## 7. Conclusão

A necessidade de manter em funcionamento o livre mercado e a livre concorrência motivaram o Estado a não ficar alheio à atividade econômica.

O chamado *welfare state* intervém na economia, através de normas jurídicas que constituem o objeto do estudo do Direito Econômico. Este novo ramo do direito não se afastou do processo de criminalização de condutas, daí surgindo um Direito Penal Econômico.

A razão da especialização do Direito Penal Econômico deveu-se à necessidade de adaptação dos institutos do Direito Penal Comum ao autor do crime econômico, geralmente intentado por pessoas jurídicas, às quais é inaplicável a pena privativa de liberdade.

Todavia, o tema é por demais técnico e deveria ter ficado a cargo de um órgão técnico de administração, no caso, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado pela Lei nº 4.137 de 1962, que, ao lado da SNDE — Secretaria Nacional de Direito Econômico, criada pela Lei nº 8.158/90, dispõe do pessoal e estrutura adequados para a análise e julgamento desses delitos. O Poder Judiciário ainda não está aparelhado adequadamente para tal apuração, o que levará à morosidade e conseqüente impunidade dos infratores.

Alguns conceitos do Direito Antitruste, como o da razoabilidade, não se aplicam ao Direito Penal; contudo, este se utiliza da idéia contida no conceito a fim de se reprimir a conduta contrária à ordem jurídica. Ora, sempre haverá um risco, decorrente da própria atividade econômica, de que a aglomeração de empresas ou capitais cause abusos de poder econômico. A repressão, porém, só ocorrerá se houver intenção de dominar o mercado.

Nesse caso, há que se aplicar uma pena compatível com o crime e com o criminoso econômico; daí a especialização do Direito Penal, que não tem o caráter de reeducação e ressocialização do criminoso, como o tem o Direito Penal Comum. O conceito biológico/psicológico de imputabilidade também não se adapta à pessoa jurídica, segundo uma nova noção de responsabilidade, dela decorrendo penas como o confisco dos frutos do crime, proibição de certas atividades econômicas, proibição de emissão de cheques, enfim, sanções que atinjam a fortuna e a atividade do criminoso. São fatores que explicam a opção pela especialização ante a opção pela criminalização do Direito Antitruste.

Vale, ainda, ressaltar que, em que pese o nosso posicionamento contra os congelamentos e tabelamentos de preços, foi ele julgado constitucional pelo Eg. Supremo Tribunal Federal nas decisões decorrentes do Plano Cruzado.

Enfim, é preciso vontade política de fazer cumprir as leis e a moralização da ordem econômica e não novas leis. A banalização do direito leva à dificuldade na sua assimilação e cumprimento, acarretando o descrédito nas instituições e, conseqüentemente, o caos!