

DOCTRINA NACIONAL

MECANISMOS PENAIS PARA CONTROLE DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO BRASILEIRO

EDMUNDO OLIVEIRA

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Pará;
Pós-Doutorado em Direito Penal pelo Centro de Pesquisas de Política Criminal da Universidade de Paris;
Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério Público.

1. Introdução. 2. Visão panorâmica dos mecanismos penais para controlar a criminalidade. 3. A conveniência de sanções alternativas para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do Poder Econômico. 4. Peculiaridades dos mecanismos penais nos crimes contra a administração pública.

1. Introdução

2. Visão panorâmica dos mecanismos penais para controlar a criminalidade

Antes de entrar na consideração específica dos crimes contra a administração pública, cumpre esclarecer o que se deve entender por mecanismos penais para controle dos crimes.

São eles aqueles meios e instrumentos jurídicos de que se vale a lei penal para prevenir os crimes e, se, falhar a prevenção, para reprimi-los.

A fim de prevenir, a lei começa por *descrever as ações* que ela considera ilícitas. Com essa advertência a seus destinatários, ela consegue evitar a prática de muitas infrações. O homem de bem, submisso ao Direito, guarda-se de praticar as ações tipificadas na lei penal. A definição do delito é, desse modo, o primeiro importante mecanismo penal.

Mas isso não basta: é necessário *advertir* a todos de que a comissão do ato descrito em lei como crime enseja um castigo, isto é, a redução de um bem jurídico do infrator. Esse segundo meca-

nismo chama-se *cominação da pena*, ou seja: ameaça de um mal. Graças a essa intimidação, a lei alcança deter, por vezes, o braço de um virtual criminoso.

Se, porém, esse objetivo não é atingido e o destinatário do preceito o infringe, cumpre deixar positivado que a ordenação legal não é apenas ameaça e, conseqüentemente, deve haver a aplicação da pena cominada.

Como se vê, a antiga polêmica sobre se a pena deve ser preventiva ou repressiva perdeu a razão de ser: pune-se o criminoso para prevenir novos crimes, quer do condenado (prevenção individual), quer das demais pessoas (prevenção geral). Mas para alcançar esse desiderato é preciso que a pena seja retributiva, que ela seja um mal para o condenado. Como prevenir o crime? Oferecendo um prêmio para quem o comete? Isso seria incentivar a proliferação dos atos ilícitos. Proporcionando a isenção de pena ao criminoso? O Direito Penal, então, se tornaria inócuo.

O Código Penal brasileiro distingue claramente os mecanismos de controle da criminalidade.

No art. 1º o Código exige a prévia definição dos crimes, isto é, a tipicidade das infrações (*nullum crimen sine lege*). Adiante, esse dispositivo trata da cominação de pena (*nulla poena sine praevia lege*). Na Parte Especial do Código estão apontadas as penas correspondentes a cada tipo de crime. E mais: os arts. 53 a 58 contêm regras pertinentes à cominação e os arts. 59 a 72 enfeixam as relativas à aplicação da pena. A cominação é obra do legislador; a aplicação é tarefa do juiz.

Com esses e outros mecanismos de que falarei adiante, o autor da lei procura transplantar para o mundo social a mesma ordem que reina no universo. Mas encontra uma dificuldade:

Enquanto a lei cósmica é inexorável, rígida, inflexível, a lei jurídica esbarra na liberdade humana. Ela preceitua, mas o destinatário do preceito pode não lhe obedecer. Com aquela grandiloquência que nós, os seus discípulos, lhe admiramos, disse Francesco Carrara: "O Direito é a emanção da lei eterna de ordem, que regula ao homem internamente livre o exercício exterior da liberdade, implantando a paz com justiça".

Nesse disciplinamento da liberdade, a lei a protege definindo direitos e a regula impondo deveres.

Os primeiros mecanismos para esse disciplinamento, que se sobressaem na legislação penal são portanto: a definição dos crimes; a ameaça de pena; a aplicação da pena.

É preciso não confundir a substância da pena, isto é, aquilo em que ela consiste, com a sua finalidade. Sua essência é a privação, total ou parcial, de um bem jurídico do criminoso: a vida, a liberdade, o patrimônio etc. Seu objetivo é o de proteger a ordem jurídica.

Por outro lado, ela deve ser proporcional à culpabilidade do agente. Esse não é coisa, é pessoa. O crime é um

fato humano e o infrator da lei deve responder na medida em que tenha agido em *consciente desprezo da ordem jurídica*. Onde falta a culpabilidade não há lugar para a pena. Onde ela é insignificante, uma repreensão, uma advertência, ou até uma censura podem representar na sociedade mecanismos penais suficientes, tudo dependendo da maior ou menor projeção de cada fato concreto no convívio social.

Sobre a aplicação da pena como mecanismo de controle, convém desde logo, refletir sobre as dificuldades para levar a bom termo o modelo brasileiro de penas privativas de liberdade, que não consegue satisfazer as mínimas exigências no tocante ao pedagógico tratamento dos delinquentes.

O complexo atual do país dispõe atualmente de 51.638 vagas, contudo abriga 124.638 presos que têm, em média 25 anos, em geral semi-alfabetizados e sem profissão definida. O resultado dessa equação é responsável por parcela expressiva da violência no cotidiano brasileiro, haja vista a proliferação da continuidade delituosa, com destaque para o Estado de São Paulo, onde a taxa de reincidência atinge 80%.

A questão não reside, então, apenas na construção de mais estabelecimentos prisionais. A simples política de construir prisões e mais prisões só perpetuaria as distorções numa escala maior, além de ser um projeto inviável para um país em desenvolvimento, considerando que as despesas de construção de estabelecimentos prisionais somam trilhões de cruzeiros (a construção de uma penitenciária para 500 presos, seguindo os padrões da ONU, custa cerca de 15 milhões de dólares. Para acabar com a superlotação carcerária, o Brasil precisaria construir, hoje, no mínimo, 249 estabelecimentos).

Isso serve para comprovar que a saída para solução do problema reside, como ponto fundamental, na determina-

ção de se levar a termo a execução da pena reservando a prisão aos casos em que o infrator represente perigo concreto ou contínuo à sociedade. Fora dessa hipótese, urge que ela seja substituída não somente pela secular fórmula da multa, como também por outras opções com real sentido educativo, que não estimulem o aprendizado e o aperfeiçoamento nas sendas do crime, mas, do contrário, possibilitem um retorno positivo para a coletividade sem onerar o contribuinte.

3. A conveniência de sanções alternativas para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico

Não se pode aceitar que a escassez de recursos financeiros justifique a passividade diante do grave problema penitenciário. A situação exige muito pragmatismo, criatividade e ousadia para buscar soluções novas e viáveis. Não existe cadeia feliz, por isso os países desenvolvidos também orientam suas políticas criminais no sentido de proteger os cidadãos com o exercício de restringir a pena privativa de liberdade às situações de reconhecida necessidade. Veja-se o caso do Japão: Em 1950, 103 mil presos; em 1970, 86 mil presos; em 1990, 55 mil presos. Exemplos como esse devem servir de estímulo para o Brasil, cujo sistema de administração da justiça criminal ainda prioriza a aplicação da pena privativa de liberdade.

No mundo todo a multa tem sido a alternativa mais recepcionada. E diga-se, de passagem, que, em relação aos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico, ela representa um poderoso instrumento, porque para muitos infratores desses crimes o que mais dói é a expectativa da pobreza, sobretudo quando, antes, eram pobres.

Além da multa, a abordagem em torno das sanções alternativas sugere lembrar que desde o Direito Romano se conheceu a admoestação (*admonitio*) como mecanismo para controlar a criminalidade. Por sua vez, o Direito Canônico estabeleceu as advertências (*monitiones*). O Direito francês consagrou a repreensão (*réprimande*) e o Direito alemão adota a censura (*Verweis*).

Outro mecanismo usado em várias legislações é o arresto domiciliar, já conhecido do Direito Romano. Entre nós, o Projeto Sá Pereira permitia que, em determinados casos, a pena privativa da liberdade fosse cumprida na casa do condenado (art. 71 § 2º do Projeto Sá Pereira de 1935).

Muitos países adotam o mecanismo da caução real como sub-rogado da pena. Não se trata da *cautio de non offendendo* que é puramente preventiva, como o “termo de bom viver” de nosso Direito antigo, mas de pena acessória, que obriga o infrator a depositar certa quantia em dinheiro, conforme acontece na Inglaterra, no caso de prática de pequenos delitos (*misdemeanor*). O Código Rocco na Itália adotou a (*cauzione de buona condotta*) como medida de segurança, conseqüentemente como mecanismo penal (arts. 236 a 238).

Outro instrumento penal é o *perdão judicial* adotado na antigüidade entre os Romanos, Gregos e Hebreus. No Brasil, é assumido em várias oportunidades, quando se dá ao juiz o poder para não aplicar a pena. O autor do delito é processado e, lembrando Carnelutti, em sua “Preleção Romana” de 1946, ao receber o perdão o infrator já sofreu o castigo de ter sido processado.

No Direito inglês e no americano se usa o mecanismo penal da *discharge*: o juiz libera o acusado mediante um *nominal punishment*, isto é, uma punição somente no nome.

A pena indeterminada, conhecida, secularmente, pela legislação penal da Igreja, acolhida também pela Constituição Criminal Carolina (Alemanha) de 1532 e pela Constituição Teresiana (Austria) de 1768, é outro mecanismo penal que vem sendo adotado, com algumas variações, em várias legislações. Veja-se, p. ex. que a Lei de Execução Penal do Brasil, no art. 126, emprega uma típica modalidade de pena relativamente indeterminada ou de pena determinada *a posteriori*, quando dispõe: "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto podera remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena".

A *suspensão condicional da pena* (*parole*) e o *livramento condicional* (*probation*) são dois outros importantes mecanismos legais hoje acolhidos em todo o mundo civilizado. No Código Penal Brasileiro, eles aparecem, respectivamente, nos arts. 77 e 83.

Estão abolidos do Direito das nações modernas e civilizadas os mecanismos penais degradantes, tais como a proscrição, a morte civil, o pelourinho, as penas corporais, as cerimônias infamantes, amplamente utilizados no Direito Penal da antiguidade.

Em países do primeiro mundo, como os Estados Unidos, para reduzir os altos índices de superpopulação carcerária no sistema público (nos Estados Unidos há cerca de 675 mil presos) são adotadas, atualmente, além do incisivo emprego da multa, outras oportunas providências: a) restituição ou compensação da vítima; b) prestação de serviços à comunidade; c) interdição temporária de direitos; d) suspensão dos direitos políticos; e) confisco de bens; f) limitação de fim-de-semana; g) livramento condicional supervisionado (*intensive probation*); h) vigilância eletrônica; i) encarceramento de choque; j) estágio em prisões privatizadas nos últimos anos de cumprimento da pena.

Ressalte-se previsão de alguns desses mecanismos, no nosso atual Código Penal (art. 43), como penas restritivas de direitos para o controle de crimes: a) prestação de serviços à comunidade; b) interdição temporária de direitos; c) limitação de fim-de-semana.

Apresentado esse esboço sobre os mecanismos penais em geral, vejamos agora especificamente quais são os relativos: a) aos crimes contra a administração pública; b) aos crimes de abuso do poder econômico.

4. Peculiaridades dos mecanismos penais nos crimes contra a administração pública

Os crimes contra a administração pública são objeto do Título XI da Parte Especial do Código Penal. Distinguem-se eles em: crimes praticados por funcionários; crimes praticados por particular.

Muitos são os mecanismos legais para o controle desses crimes. Apontarei, a título de exemplo, os principais entre eles.

No que tange aos primeiros, o principal mecanismo penal consiste na conceituação de funcionário público para fins penais. O conceito deste é muito mais amplo do que o de funcionário para o Direito Administrativo. De acordo com esse último, funcionário é somente o servidor investido em cargo público da Administração Direta, criado por lei, com denominação própria em número certo e pago pela entidade estatal no qual se enquadra. Para o Direito Penal, "considera-se funcionário público quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública (art. 327), inclusive em entidade paraestatal (§ 1º)".

A norma penal não inclui os que exercem *munus público*, como, p. ex., os concessionários ou permissionários de serviços públicos, os tutores, os curadores, os advogados etc.

Mercê desse instrumento legal, amplia-se o conceito de funcionário público para fins penais. Trata-se, como se vê, de importante mecanismo para o controle dos crimes contra a administração pública.

A Lei 6.799/80 acrescentou ao art. 327 do CP o § 2º disciplinando que, nas hipóteses de crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Recentemente, em 2.6.92, foi promulgada a Lei 8.429, que: "Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública na administração direta, indireta ou fundacional e dá outras providências".

Nessa lei não se fala em funcionário, mas em agente público. E o art. 2º assim dispõe: "Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Outro mecanismo é de origem pretoniana, isto é, criado pela jurisprudência, e consiste em que a caução ou fiança prestada antes do crime não elide o peculato, diversamente do que ocorre com a reparação do dano, no caso de peculato culposos (§§ 2º e 3º do art. 312 do CP).

Também a aprovação de contas pelo respectivo tribunal não exclui o crime de peculato. Na verdade, as contas podem estar corretas, mas isso não quer

dizer que a pessoa esteja isenta da responsabilidade pela prática de peculato em relação ao bem de que tem a posse em razão do cargo.

Ao contrário do peculato doloso (art. 312 do CP) em que a restituição do proveito auferido pelo agente não influi na caracterização do crime, no peculato culposos (art. 312, § 2º do CP) a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade. O peculato culposos possibilita também que o ressarcimento posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória reduza pela metade a pena imposta, o que se estende aos co-autores e partícipes. Dessarte a oblação voluntária é importante mecanismo de controle desse tipo de crime.

No peculato mediante erro alheio, (art. 313 do CP), se o funcionário recebe mais do que o devido e se apropria da diferença, o crime só se consuma quando ele, funcionário, é chamado a prestar contas e não o faz.

Importante mecanismo penal é o dos crimes subsidiários, que só se configuram quando o fato praticado não constitui crime mais grave. Entre eles figura o de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento. Como se vê da pena cominada no art. 314 do CP o autor desse crime contra a administração pública está sujeito a 1 a 4 anos de reclusão "se o fato não constitui crime mais grave".

Anote-se que nesse tipo de crime, a jurisprudência consagrou um mecanismo que exclui a tipicidade do fato de o funcionário guardar em sua casa, ainda que irregularmente, o livro ou documento.

No caso de concussão (art. 316 do CP), o mecanismo penal consuma o crime com a simples exigência de vantagem indevida. Consequentemente o recebimento do provento não é necessário para a tipificação do crime; ele configura apenas o exaurimento do crime.

Na hipótese de corrupção passiva (art. 317 do CP), surge específico mecanismo pelo qual é irrelevante que o agente solicite ou receba a vantagem pretendida fora da função ou antes de exercê-la. O crime se consuma com a mera solicitação feita pelo funcionário, pelo recebimento da vantagem indevida ou pela aceitação de promessa.

Outro instrumento penal para o controle do crime aparece no caso de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do CP). Consiste em exigir a lei, para a tipificação do fato, que a facilitação se faça *com infração do dever funcional*. Se isso não acontece, não se configura o crime do art. 318, podendo haver, isto sim, a participação no crime de contrabando ou no crime de descaminho, definidos no art. 334 do CP.

Ressalte-se a existência de outro instrumento legal: o pagamento dos tributos devidos, que extingue a punibilidade do crime de descaminho. Mas não funciona assim no caso do art. 318 do CP: facilitação de descaminho. E mais: autor do crime de facilitação somente pode ser o funcionário, ao que incumbe a repressão do descaminho.

Outro singular mecanismo penal é o da exigência, no crime de prevaricação (art. 319 do CP), de que o agente atue para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

No crime de violência arbitrária (art. 322 do CP) é importante a ressalva legal de que a violência só é possível quando sem amparo em lei. Se, p. ex., a autoridade ou seu agente usa da força indispensável para vencer a resistência do legalmente preso, o ato é absolutamente lícito, como se vê do CPP art. 282. Igualmente no caso de resistência de terceiro (CPP, art. 292).

No abandono de função (art. 323 do CP), a jurisprudência e a doutrina consignam um mecanismo de isenção do crime na hipótese de haver substituto

legal para o desertor. O crime só se configura se esse deixa desassistido o cargo por outro funcionário.

Importantes mecanismos legais se encontram no exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324 do CP). Na primeira hipótese, exercício antecipado, há uma norma penal em branco, que deve ser preenchida por outras leis relativas à eventual exigência de exame de saúde, da posse, ou de qualquer outra formalidade. Na segunda hipótese, se a dilatação do exercício é legalmente autorizada por quem tem competência para fazê-lo, desaparece a ilicitude.

No que tange à proteção do segredo de ofício (art. 325 do CP), a lei penal cria certos mecanismos tendentes a protegê-lo: pune, não apenas a inconfidência, mas também a facilitação do conhecimento por parte de quem não devia ter notícia do assunto sigiloso. Especificamente, no caso de segredo de proposta de concorrência pública (art. 326 do CP), a lei cria mecanismos penais contra a revelação do segredo e inclui o ato de proporcionar a terceiro o ensejo de conhecer o objeto do sigilo.

No caso de crime praticado contra a administração pública por quem não é funcionário, a *contrario sensu* do art. 327 do CP, a lei cria vários mecanismos contra a usurpação de função pública, inclusive distinguindo-a da simulação de qualidade de funcionário, que é contravenção definida no art. 46 da respectiva lei.

Na hipótese de resistência à execução de ato de funcionário público (art. 329 do CP) a lei exige vários mecanismos para a configuração do crime: que o ato do funcionário seja legal; que o funcionário seja competente para executá-lo; que a oposição à prática do ato se faça mediante violência, que é o emprego da força, ou mercê de ameaça, que é a promessa de mal injusto e grave.

A simples resistência passiva, consistente na falta de colaboração, não tipifica o crime.

No crime de desobediência (art. 330 do CP) a lei cria vários mecanismos, ao exigir que haja uma ordem, que ela parta de funcionário público, competente, que ela seja legal, não se discutindo se é justa ou injusta.

Na hipótese de desacato (art. 331 do CP) a lei exige que a afronta seja feita ao funcionário no exercício da função ou em razão dela. Ou seja: por ocasião do exercício por parte do funcionário, ou por causa desse exercício. Há, portanto, um mecanismo que decore da lei, não haverá desacato e sim repulsa ou reboisão se o funcionário houver dado causa ao desrespeito.

No crime de exploração de prestígio (art. 332 do CP) a lei estabelece como mecanismo penal, que a obtenção da vantagem seja conseguida a pretexto de influir sobre funcionário público para a prática ou a obtenção de ato de ofício. No crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) exige-se como mecanismo que a oferta ou a promessa da vantagem indevida seja feita para determinar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Ao falar em oferecer ou prometer vantagem indevida para que o funcionário pratique, omita ou retarde ato de ofício, a lei cria a especificidade pela qual a dação da vantagem, posterior à prática do ato funcional, não constitui corrupção ativa. Há pouco tempo o E. Supremo Tribunal Federal arquivou o inquérito feito para apurar o ato do Min. César Cals que três anos depois de haver concedido uma licença para exploração de mina foi agraciado, juntamente com outras pessoas, com uma joia, pelo beneficiário da permissão.

Importante mecanismo penal é aquele que equipara ao contrabando ou ao descaminho qualquer forma de comér-

cio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, o que hoje é muito comum por parte de falsos camelôs (art. 334, § 2º do CP).

Outro instrumento valioso para o controle do crime, ou seja para sua prevenção ou repressão é aquele que equipara ao contrabando ou descaminho fato assimilado a qualquer deles em lei especial. Como exemplos poderíamos citar os casos de violação de *containers* e de saída de mercadoria da Zona Franca sem a devida autorização.

Sobre a prática do contrabando ou do descaminho, cumpre lembrar o mecanismo legal por cuja virtude o comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, ainda que em residências, é considerado atividade comercial para os fins do art. 334 do CP.

Levando em conta que o transporte de mercadoria por via aérea torna mais difícil a fiscalização das autoridades, a lei cria um mecanismo de controle ao elevar ao dobro a pena do contrabando ou do descaminho, no caso de translação em aeronave.

Ainda que dê respeito aos mecanismos penais nos crimes contra a administração pública, a Lei 8.429/92, sobre a qual falamos anteriormente, classifica os atos de improbidade administrativa em três níveis: a) que importam em enriquecimento ilícito; b) que causam prejuízos ao erário; c) que atentam contra os princípios da administração pública.

São atos que importam em enriquecimento ilícito:

I — receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse direto ou indireto que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV — utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

VII — adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII — aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições

do agente público, durante a atividade;

IX — perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI — incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

XII — usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

Consideram-se atos que causam prejuízo ao erário:

I — facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

II — permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III — doar a pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das finalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV — permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das

entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V — permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI — realizar operação financeira sem observância das normas legais regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII — conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII — frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX — ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X — agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI — liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII — permitir, facilitar ou concorrer para que o terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII — permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

São atos que atentam contra os princípios da administração pública:

I — praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso da

quele previsto, na regra de competência;

II — retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III — revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV — negar publicidade aos atos oficiais;

V — frustrar a licitude de concurso público;

VI — deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII — revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Na hipótese de atos que importem em enriquecimento ilícito, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, o responsável fica sujeito às seguintes sanções:

Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Na hipótese de atos que causem prejuízo ao erário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstos na legislação específica, o responsável fica sujeito às seguintes sanções:

Ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilici-

tamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Na hipótese de atos que atentam contra os princípios da administração pública, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, o responsável fica sujeito às seguintes sanções:

Ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

5. Peculiaridades dos mecanismos penais para controle dos crimes de abuso do poder econômico

A Lei n. 4.137/62, regula a repressão ao abuso do poder econômico. No art. 1º, essa lei se refere ao art. 148 CF/46, que dizia: "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".

A Lei 4.137 foi recebida pela CF/88 em vigor, cujo art. 173, § 4º dispõe da

mesma forma, embora com outras palavras. Contém essa lei mecanismos penais para a repressão: dos *trustes*, isto é das organizações que monopolizam determinados mercados; dos *cartéis*, ou seja, os acordos entre empresas produtoras que se organizam para suprimir a concorrência, determinar preços e distribuir os mercados entre si; do *dumping*, que consiste no lançamento de produtos abaixo do custo para eliminar os concorrentes; da concorrência desleal (art. 196 do CP); do preço excessivo de mercadorias.

O assunto não é novo no Brasil. Há mais de meio século, uma lei matou no nascedouro um *truste* de fabricantes de fósforos. Inspirava-se essa lei no *Sherman antitruste act*, dos Estados Unidos.

A princípio, o legislador visou apenas a vedar o funcionamento de companhias de seguros ou de capitalização e de banco de depósito estrangeiro, no Brasil. Foi isso fruto do nacionalismo totalitário da Constituição outorgada em 1937. Mas o preconceito foi banido pelo realismo democrático da Constituição votada pela Assembleia Constituinte em 1946.

Os principais mecanismos penais adotados na Lei 4.137/62 são:

a) descrição pormenorizada de vários tipos de *cartel*, de *trustes*, de *dumping* e de concorrência desleal, respectivamente, nos ns. I, II, III, IV e V do art. 1º; a exigência de comprovação do custo de produção, desde que haja indícios veementes de excesso nos preços; a cassação de patente concedida pelo Departamento Nacional de Propriedade Industrial;

a fixação, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), vinculado ao Ministério da Justiça, de prazo para que os responsáveis por abuso do poder econômico cessem a prática do desmando (posteriormente, a

Lei Delegada 5 criou a Secretaria Nacional de Defesa Econômica) (SNDE);

- a inflição de multa no valor de cinco a dez mil salários mínimos;
- a intervenção pelo CADE;
- a intervenção na empresa;
- a execução judicial da decisão do CADE.

Ainda envolvendo o tema em análise mencione a existência de duas outras leis que abordam especificamente a questão da ordem econômica no Brasil:

a) Lei 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo;

b) Lei 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica relacionada ao petróleo e seus derivados e cria o sistema de estoques de combustíveis.

Aí, então, em ligeiro esboço, os mais importantes mecanismos legais para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico no Direito brasileiro