

2. DOCTRINA NACIONAL

2.4

DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO: UMA TERCEIRA VIA ENTRE O CRIME E A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA?

MIGUEL REALE JÚNIOR

SUMÁRIO: Introdução – 1. Semelhanças e diferenças entre os tipos penais e as infrações administrativas nas Leis 8.137/90 e 8.884/94 (um exame *in concreto*) – 2. Semelhanças e diferenças das entidades “crime” e “infração administrativa” – 3. Conclusão: uma terceira via com a adoção de alguns princípios do Direito Penal no campo do ilícito administrativo.

Resumo: Direito penal canônico, Lei 8.137/90 e Lei 8.884/94: semelhanças e diferenças. Uma terceira opção – direito de “intervenção”: terceira via entre o direito administrativo e direito penal (ilícito administrativo e ilícito penal).

Introdução

Por influência da Constituição de Weimar e em razão da compreensão de que o papel do Estado na economia não se limitava a mero assistente do livre jogo das forças de mercado, as Constituições brasileiras de 1934 (arts. 115 *usque* 143) e de 1937 (arts. 135 *usque* 155) instituíram Capítulo relativo à ordem econômica. Contudo, não previram que se deveria reprimir o abuso do poder econômico, como já sucedia desde o início do século nos EUA.

Graças à insistência do Deputado Agamenon Magalhães, a Constituição de 1946 estatuiu, no art. 148, que caberia, como um dos objetivos à consecução de uma ordem econômica justa, reprimir-se o abuso do poder econômico. A legislação ordinária pertinente, todavia, veio a lume, tão só, dezesseis anos após a promulgação

da Constituição, durante a vigência do sistema parlamentarista de governo, em 1962, época das mais profícuas em matéria legislativa.

A Lei 4.137, de 1962, que criou o Cade como órgão integrante do Ministério da Justiça, estipulava as condutas que ofendiam a ordem econômica por visarem o domínio do mercado e a eliminação da concorrência, sendo que as figuras infracionais, então previstas, diferem, mas não substancialmente, das descrições contidas na atual Lei 8.884, de 1994 (lei antitruste).

A repressão, portanto, ao abuso do poder econômico, dá-se inicialmente por via administrativo-penal, sendo que somente quando da elaboração do Anteprojeto de Parte Especial, em 1984, trabalho este publicado em 1987 pelo Ministério da Justiça, é que se veio a prever a incriminação destas condutas lesivas à ordem econômica por atentatórias à livre concorrência em razão da dominação do mercado.

Uma análise comparativa entre as figuras infracionais contidas na Lei 4.137, de 1962 (art. 2.º e seus incisos), e os tipos penais elencados no Capítulo dos crimes

contra a ordem econômica do Anteprojeto de 1984 (arts. 372 a 380) demonstra que, na verdade, o Anteprojeto, de cuja elaboração participei, copia as disposições da Lei 4.137, de 1962. O mesmo se pode dizer com relação às normas incriminadoras que integram o capítulo II, arts. 4.º e 5.º da Lei 8.137/90, as quais, em grande parte, reproduzem o que constava da Lei 4.137/62, bem como do Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal de 1984, publicado em 1987.

A Lei 8.884, de 1994, apresentando evidentes falhas de técnica legislativa e carência de logicidade – exigindo do intérprete esforço seja na compreensão da literalidade do texto, seja na conjugação do disposto no art. 20 com o estatuído nos incisos do art. 21, para compor figuras infracionais – termina por tipificar condutas semelhantes às previstas como crime nos arts. 4.º e 5.º da Lei 8.137, de 1990. Cabe, por isto, um exame comparativo das semelhanças e diferenças entre os tipos penais e as infrações administrativas descritas em ambas as Leis (I), precedentemente à perquirição das semelhanças e diferenças entre as entidades “crime” e “infração administrativa” (II), pressupostos necessários à exame de uma possível “terceira via” entre ambas as entidades (III).

1. Semelhanças e diferenças entre os tipos penais e as infrações administrativas nas Leis 8.137/90 e 8.884/94 (um exame *in concreto*)

As Leis 8.137/90 e 8.884/94, ao tipificarem condutas lesivas à ordem econômica e à livre concorrência, delineiam figuras que apresentam entre si marcantes identidades e marcantes diferenças. Vejamos em que consistem umas e outras.

Tomemos, por exemplo, o que dispõe o art. 4.º, I, da Lei 8.137, de 1990, o qual estatui que constitui crime contra a ordem econômica:

“abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência, mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente;”.

Já o art. 20, *caput*, e o art. 21, incs. IV, V e VI, da Lei 8.884, de 1994, em confusa redação, preceituam:

“Constituem infração da ordem econômica (*sic*), independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados (*sic*), que tenham por objeto (*sic*) ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da (*sic*) ordem econômica:

(...)

IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento

de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI — impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

A primeira tarefa é a de interpretar os termos e o significado do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, que tem como primeiro equívoco designar a infração como sendo “da ordem econômica”, quando o certo seria “à ordem” ou “contra a ordem econômica”. Superada esta pequena impropriedade, deve-se entender que a referência a “atos sob qualquer forma manifestados” não constitui a admissão de meras palavras ou gestos, mas diz respeito a atos praticados por ação ou omissão. A seguir a expressão “atos (...) que tenham por objeto” — no contexto utilizado e tendo em vista os incisos a que se liga — não alude àquilo sobre o que recai a ação (objeto), mas significa os atos que tenham por objetivo, finalidade, escopo, isto é, os atos que visem limitar a livre concorrência, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. Seria incontornável absurdo tomar-se por “objeto” os efeitos que a lei prevê.

O art. 20, ao final, ainda refere que estes atos “possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”, ou seja, os efeitos discriminados nos incisos a seguir: limitar a livre concorrência, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

Dessa forma, contrariamente ao que se afirma, não são infrações de simples atividade ou mera conduta,¹ pois exige-se que

haja potencialidade para causar perigo à ordem econômica mediante, por exemplo, atos que possam produzir a limitação da concorrência ou a dominação de mercado relevante, dando-se relevância à criação de uma situação perigosa, pois mesmo que os efeitos que os atos pudessem produzir não tenham sido alcançados tem-se, por igualmente configurada, a infração. Trata-se, portanto, de infrações de perigo concreto, sendo prova disto as circunstâncias previstas no art. 27, IV e V, da Lei, como critério na aplicação da pena: “a consumação ou não da infração”² e o “o grau de lesão ou de perigo de lesão à livre concorrência. (...)”.

O disposto no art. 21 constitui especificação de formas de conduta que possam conduzir aos resultados enunciados nos incisos do art. 20, como, por exemplo, a limitação ou prejuízo da concorrência, evento previsto no inc. I. Este pode dar-se ao se “limitar o acesso de novas empresas ao mercado” (inc. IV do art. 21), ou ao se criar dificuldade ao desenvolvimento de empresa concorrente (inc. V do art. 21). Não constitui uma exaustão, não sendo a enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa,³ pois o legislador em linguagem

“ainda que não sejam alcançados” os efeitos, induz à consideração de que sejam ilícitos administrativos de mera conduta. João Bosco Leopoldo da Fonseca corretamente pondera que terá o julgador de verificar se são os atos “concretamente aptos a produzir qualquer dos efeitos, mesmo que estes, na vida econômica real não sejam alcançados”. (Lei de proteção da concorrência — Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 88).

(2) Novamente a falta de técnica do legislador impõe ao intérprete decifrar: neste passo deve-se entender por consumação a consecução do resultado, a obtenção de um dos efeitos enunciados nos incisos do art. 20, o que demonstra que basta a criação de uma situação de perigo, constituindo a causação do resultado critério para a maior apenação.

(3) João Bosco Leopoldo da Fonseca, op. cit., p. 95. Não podemos concordar com Rui Stoco

(1) Neste sentido Rui Stoco, Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995, p. 216. Sem dúvida a desnecessária menção à tipi-

coloquial afirma: “as seguintes condutas, *além de outras (...)*”, não encerrando, assim, o rol das condutas infracionais.

Deve-se, ponderar, ademais que podem existir condutas não descritas no art. 21 que tenham potencialidade para produzir os efeitos previstos nos incisos do art. 20 e que configuram infração econômica. Todavia, as condutas elencadas nos incisos do art. 21 apenas tipificam infração se puderem produzir algum dos efeitos mencionados no art. 20.

Obrigatória conclusão, destarte, é a de que o legislador, na “lei antitruste”, não se cingiu, no âmbito da infração à ordem econômica, de forma estrita, ao princípio da tipicidade,⁴ pois a mera indicação do re-

que o art. 21 estabelece taxativamente e em *numerus clausus* as condutas exigidas para que as infrações do artigo precedente se caracterizem. (op. cit., p. 215). Não só o próprio art. 21 refere-se à possibilidade de outras condutas não elencadas, como seria um absurdo não constituir infração à ordem econômica, pois não há no art. 21 qualquer referência, a fusão ou incorporação de empresas com o fim de dominar o mercado, fato que a lei vem mencionar como tendente a essa dominação no art. 54 e em seu § 3.º.

(4) Rui Stoco, op. cit., p. 219, considera que as figuras estabelecidas no art. 20 da Lei 8.884/94 não traduzem preceitos primários incriminadores de modo a se exigir a chamada tipicidade, malgrado considere taxativo o que dispõe o art. 21. Não se pode concordar, todavia, com o defendido por José Inácio Gonzaga Franceschini e Jose Luiz Vicente Azevedo Franceschini que consideravam, já na disciplina da Lei de 1962, que a legislação repressiva ao abuso do poder econômico está “adstrita aos princípios fundamentais do Direito Penal comum (*Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo : RT, 1985, p. 2). Mais recentemente, José Inácio Azevedo Franceschini (Roteiro do processo penal econômico na legislação de concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 5, n. 10 de 1998, p. 9 e et seq.) defende que a “lei antitruste” constitui uma lei penal-econômica, por proteger interesses públicos em proveito da coletividade.

sultado que possa vir a ser atingido por uma conduta é suficiente para configuração da ilicitude (art. 20). Assim sendo, é desnecessária a exigência de congruência com um modelo de conduta concreta, bastando, pois, repita-se, constatar que o ato possa produzir o efeito, por exemplo, de “dominar o mercado relevante” previsto no art. 20, II, para configurar a infração.

Nesta hipótese, a Lei 8.884, de 1994, não explicita a forma pela qual se cria uma situação de perigo, tornando possível a dominação de mercado relevante, contentando-se com uma locução aberta, “ato que possa produzir o efeito de dominar o mercado relevante”. Já a Lei 8.137, de 1990, descreve um crime de resultado no inc. I do art. 4.º, pois exige como evento⁵ a dominação de mercado ou a eliminação, total ou parcial, da concorrência, mediante, por exemplo, “a coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas”.

É evidente que os atos de fusão ou incorporação constituem formas por excelência conducentes à criação de perigo à ordem econômica, propiciadores de limitação da concorrência ou de dominação do mercado. Mesmo assim, nos arts. 20 e 21 não se faz a eles menção direta, o que só vem a ser feito, de forma quase marginal e quebrando a possível sistematicidade, no § 3.º do art. 54, *in verbis*: “incluem-se nos atos de que trata o *caput*⁶ aqueles que vi-

(5) Se o resultado não vem a ser alcançado, mas os atos são idôneos à consecução do evento que não vem a ocorrer por razões alheias à vontade do agente, configura-se uma tentativa, que nada mais é, como já salientamos em nosso livro *Teoria do delito* (São Paulo : RT, p. 199), do que a criação de forma irreversível de uma situação de perigo ao bem jurídico. Assim, se a criação de uma situação de perigo que possa limitar a concorrência configura a infração econômica da lei antitruste, por outro lado configura uma tentativa do tipo previsto no art. 4.º da lei penal.

(6) O *caput* do art. 54 edita: “Os atos, de qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre

sem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas (...)" É de admirar que a forma mais contundente e habitual de domínio de mercado — mormente nos dias de hoje, quando assiste-se ao processo de globalização da economia — não seja contemplada no elenco do art. 21.⁷

Nesta perspectiva, a única interpretação possível para colmar a lacuna legislativa e atender ao próprio bem jurídico que se visou tutelar, consiste em considerar que se, na descrição da infração, não estão a fusão ou incorporação como formas que possam causar o domínio de mercado relevante, no entanto, a compreensão sistemática e a própria locução aberta do art. 20 conduzem a que se considere como infração econômica também a fusão ou a incorporação que possam provocar o efeito de dominar o mercado.

Em assim sendo, mesmo inexistindo menção expressa à fusão ou à incorporação nas infrações da "lei antitruste", há, todavia, marcante semelhança entre o aqui

concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade". Como se vê, reproduz-se com algumas diferenças, o texto do art. 20, no qual se descrevem as infrações, com a grave distinção de ser de perigo a conduta relativa à limitação da concorrência, mas de resultado a de dominação de mercado. A imprecisão e falta de técnica legislativa revela-se a cada passo, em mais uma lei confusa e deplorável no elenco das editadas nesta década.

(7) Pode-se, ou até mesmo deve-se, atribuir à deficiência do legislador esta ausência de descrição típica das infrações, como na hipótese acima examinada, pois, de outra parte, chega o mesmo a ser preciso na descrição de condutas no art. 21, desde que possam produzir os efeitos previstos nos incisos do art. 20. O certo, contudo, é que torna-se obrigatório concluir que a descrição típica e a tipicidade, enquanto correta congruência entre os dados desta descrição típica e os dados da conduta concreta, não se colocam como exigência básica da "lei antitruste".

previsto e o tipificado como crime na Lei 8.137, de 1990.

Há, nos incisos do art. 21 da Lei 8.884, de 1994, descrição precisa, até mesmo mais detalhada, de condutas que possam limitar, total ou parcialmente, a concorrência, porquanto se a Lei 8.137, de 1990, restringe-se a prever como crime o "*impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente*" (letra *f* do inc. I do art. 4.º), a "lei antitruste" contempla de modo mais preciso três condutas: *limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos, ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição*" (incs. IV, V e VI do art. 21).

Se há esta disparidade, no entanto, ambas as leis têm por previsão delituosa a cessação parcial ou total das atividades da empresa, desde que possa conduzir à limitação da concorrência (na "lei antitruste" inc. XXI do art. 21) ou que cause a eliminação da concorrência (na lei penal, letra *e* do inc. I do art. 4.º).

A fixação de preços, por meio de acordo entre concorrentes, o *cartel*, vem igualmente prevista com algumas diferenças em ambas as leis: inc. I do art. 21 da "lei antitruste" e letra *a* do inc. II do art. 4.º da Lei 8.137, de 1990. O *dumping* interno, consistente na venda abaixo do preço de custo, está previsto no inc. VI da lei penal e no inc. XVIII do art. 21 da lei antitruste. A elevação de preços, sem justa causa, valendo-se de posição dominante está prevista como crime no inc. VII do art. 4.º da lei penal e, como infração econômica, no inc. XXIV do art. 21, combinado com o inc. IV do art. 20 da lei antitruste.

Cremos que são estes exemplos suficientes das semelhanças e diferenças entre os tipos infracionais da "lei antitruste" e os

tipos penais da lei penal, sendo, todavia, relevante notar que as condutas têm descrições típicas semelhantes e visam à proteção do mesmo bem jurídico – a *livre concorrência* – contra impedimentos ou prejuízos ao seu correto desenrolar, reprimindo-se, igualmente, na defesa da livre concorrência, o domínio de mercado relevante e o abuso de posição dominante.

Diferença marcante, todavia, está no elemento subjetivo, pois se a ação é dolosa nos tipos previstos na lei penal, a configuração, no entanto, dos tipos infracionais na lei antitruste *independem de culpa*. Resta saber, contudo, como interpretar esta locução “*independentemente de culpa*”, constante do art. 20 da “lei antitruste”.

As ações descritas nos arts. 20 e 21 da mencionada lei são, por sua natureza, dolosas, ou seja intencionais, sendo difícil mesmo admitir que sejam realizadas por negligência e muito menos por imprudência: *verbi gratia*, fixar preços em acordo com o concorrente (art. 21, I); aumentar preços sem justa causa, abusando de posição dominante (art. 21, XVIII, c/c. art. 20, IV); criar dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente (art. 21, V); utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (art. 21, IX).

Assim sendo, deve-se concluir que se, por ventura, o fato ocorrer em razão de força maior, no caso, por exemplo, de recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais (art. 21, XIII) tendo em vista a falta de energia que impeça o carregamento da mercadoria, nem por isso se estabelece uma responsabilidade objetiva, pois o ato há de ser praticado *com o objetivo de limitar a concorrência*. Deste modo, a locução “*independentemente de culpa*” há de ser entendida como *independentemente de prova do elemento subjetivo*, o que não exclui que prove o infrator a ausência deste, em razão de força maior ou caso fortuito.

Recapitulando, pode-se afirmar que os tipos penais e infracionais têm em comum

a tutela do mesmo bem jurídico, por meio da repressão a condutas em grande parte semelhantes, malgrado as aparentes divergências, como acima apontamos. A distinção existente está no menor respeito, na “lei antitruste”, à estrita descrição típica e à admissão de outras condutas não expressamente elencadas, o que contraria os princípios garantísticos da lei penal, bem como no tratamento relativo ao elemento subjetivo, como acima sublinhado.

Vistas as identidades e dissimilaridades existentes *in concreto*, cabe examinar, do ponto de vista teórico, em que consistem as semelhanças e diferenças entre duas entidades fundamentais no direito penal e no direito administrativo-econômico, quais sejam, o crime e a infração administrativo-penal.

2. Semelhanças e diferenças das entidades “crime” e “infração administrativa”

O bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador enquanto valor digno de tutela seja penal,⁸ seja no âmbito administrativo. Bem por essa razão o crime constitui, no dizer de Fiandaca e Albeggiani “*offesa significativa a beni costituzionalmente rilevanti*”, pelo que da própria Constituição se extrai também o princípio da “*ofensividade*”, o qual indica que o crime só pode ser lesão ou efetiva colocação em perigo de um bem jurídico.⁹ O princípio igualmente incide, a

(8) Nosso *Teoria do delitto*. São Paulo : RT, 1998, passim; Fiandaca e Albeggiani. *Casi e questioni di Diritto Penale*. Milão : Giuffrè, 1996, p. 161, para os quais o bem jurídico deve funcionar como critério de seleção dos fatos puníveis.

(9) Idem, p. 160; no mesmo sentido Fiandaca e Musco para os quais o recurso à pena, por violar o direito de liberdade, apenas se justifica se dirigido a tutelar bens socialmente valiosos dotados de relevância constitucional. (*Diritto penale*. 2. ed. Bolonha :

nosso ver, com relação ao ilícito administrativo, mormente se se visa, mediante a sua tipificação, à proteção do interesse geral, expresso, por exemplo, na tutela do meio ambiente, no resguardo à segurança do tráfico, na proteção à saúde pública, ou na defesa da ordem econômica.

O bem jurídico exerce, na esfera da Política Legislativa, importante função ao orientar o legislador na decisão de qual conduta deva ser reprimida por meio da ameaça penal ou de sanção administrativa. E mais: auxilia a definir, dentre múltiplas formas que a conduta possa apresentar, qual aquela especial que, dadas suas características, exige-se seja reprimida com mais *eficácia*, ou por meio da sanção penal ou por via administrativa.

Os processos de despenalização ocorridos na Itália e na França¹⁰ bem demonstram com a escolha da via penal ou da via administrativa *nada tem a ver com a importância do bem jurídico*, tratando-se, antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a melhor alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único.¹¹ Tra-

ta-se, portanto, de um problema de *eficácia social*, e não de uma questão de diversidade axiológica.

É bem verdade que há autores que admitem uma diferença ontológica entre crime e ilícito administrativo, tal como Aftalión, para o qual o crime tutela bens jurídicos e o ilícito administrativo atende aos interesses da Administração, e Maurach, que vê no crime um bem jurídico claramente situado atingido pela ação enquanto na infração administrativa há apenas uma insubordinação perturbadora da atividade administrativa,¹² Refutando tais entendimentos, Ricardo Andreucci, na esteira do pensamento de Nelson Hungria, para o qual a punição na esfera administrativa ou penal atende às razões de conveniência política,¹³ conclui:

“a diferença não repousa em dados qualitativos, pois a única a ser encontrada entre crime, contravenção e ilícito administrativo é a quantitativa, representada pela maior intensidade de agressão à ordem jurídica, considerada pelo legislador em função de conveniência de política criminal”.

Concordamos com o autor ao dizer que se trata de conveniência política, mas não podemos aceitar que haja diferença decorrente da intensidade da agressão,¹⁴ pois ele mesmo reconhece que o ilícito administrativo poderá “*emprestar sua tutela a bens fundamentais*” ponderando, todavia, que não o faz para assegurar a existência social, o que nos parece incongruente. Ora, se há a defesa de bem jurídico fundamental, pouco importa que a via seja administrativa ou penal, posto que sempre, diante

Zannichelli, p. 28). Entre nós acerca do princípio constitucional penal da “ofensividade” veja-se Maurício Ribeiro Lopes. Direito Penal, Estado e Constituição, publicação do IBCCrim. São Paulo, 1997, p. 68.

(10) Na Itália três leis de “despenalização” são relevantes: a Lei de 03.05.1967, n. 317, a Lei de 24.12.1975, n. 706, e a Lei de 24.11.1981, n. 689. Na França é de se ressaltar a lei de despenalização em matéria de concorrência de 19.07.1977, bem como a “*ordonnance*” de 01.12.1986, que também concerne à despenalização em matéria concorrencial, substituindo-se o sistema penal inicial por um sistema de sanções administrativas.

(11) Neste sentido vide Georges Dellis. *Droit pénal et droit administratif – L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: LGDJ, 1997, no qual anota: “*la conception de l'unité du*

domaine répressif gagne progressivement du terrain”. (p. 27).

(12) Veja-se Ricardo Andreucci. Direito Penal Administrativo e ilícito fiscal, RT, n. 417, julho de 1970, p. 25 e et seq.

(13) *Comentários ao Código Penal*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 38.

(14) Ricardo Andreucci, op. cit., p. 30.

da importância do bem jurídico, estar-se-á protegendo a sociedade, isto é a “existência social”.

Em direção diversa, acorde com o nosso pensamento, Nuvolone, em seus comentários à lei de despenalização de 1981, bem observa que se trata de “*pur sempre di scelte di politica legislativa di parte speciale, e non di una svolta del pensiero giuridico-penale*”.¹⁵ Por sua vez explica George Dellis que o legislador, ao retirar uma matéria do sistema penal para a incorporar ao conjunto extrapenal, considera que este “*peut atteindre le même but avec une plus grande efficacité*”.¹⁶

Estas lições indicam não haver uma diferença de natureza substancial entre ilícito penal e administrativo retributivo, conforme também preleciona Daniele Propato, para a qual as sanções administrativas retributivas são idênticas em suas funções às penais, “*perseguido entrambe una finalità di prevenzione generale e speciale*”.¹⁷ Em assim sendo, a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de

Política Legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social.

Na nossa legislação, as condutas de abuso do poder econômico, como vimos, são igualmente enquadráveis na lei penal e na “lei antitruste”, e de duas uma: ou levam a um *bis in eadem*, ou encontram eficácia apenas em um dos campos.

Haverá *bis in eadem* se se considerar que a “lei antitruste” estabelece uma responsabilidade solidária entre empresa e o seu administrador na prática de infração à ordem econômica (art. 16), prevendo a aplicação de pena de multa ao administrador direta ou indiretamente responsável pela infração cometida pela empresa (art. 23, II). As demais penas, mormente as previstas nos incs. I, III e V (publicação de sentença e cisão de sociedade ou venda de ativos), podem ser aplicadas à pessoa física do administrador.

Por esta razão, o administrador ou gerente sofrerá duas punições que se somarão: a pena privativa de liberdade de reclusão de 2 a 5 anos (art. 4.º da Lei 8.137) ou de detenção de 2 a 5 anos (art. 5.º), em ambos os casos alternativa com a pena de multa, sendo certo que as penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos podem, pela recente Lei 9.714/98, ser substituídas pela pena de “prestação pecuniária”, que nada mais é do que uma multa paga à vítima ou a entidade de cunho assistencial, que se adicionará à sanção administrativa de multa ou a outra penalidade prevista no art. 24 da “lei antitruste”.

Haverá, sem dúvida, pelo mesmo fato, um cúmulo de penas de caráter pecuniário, uma imposta pelo Cade, outra pela Justiça Penal, ferindo-se o princípio da proporcionalidade,¹⁸ segundo o qual o mal imposto

(15) *La legge di depenalizzazione*. Turim: Utet, 1984, p. 3.

(16) Op. cit., p. 26. O autor mais adiante anotando a maior presteza e inovação da jurisprudência administrativa, mormente na punição das pessoas jurídicas, conclui que a ineficácia do direito penal dos negócios e de proteção do meio ambiente explica a despenalização destas matérias. A despenalização das figuras penais de proteção do meio ambiente na Alemanha é defendida por Hassemer, “A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, n. 22, abril/junho 1998, p. 27 et seq.

(17) *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzione*. Florença: Edizioni Laurus Robuffo, 1983, p. 10 et seq. George Dellis (op. cit., p. 50) pondera que em sua maior parte as sanções administrativas são bastante severas cumprindo sejam submetidas a um regime jurídico próximo ao aplicado às penas penais.

(18) Vide sobre o princípio da proporcionalidade do nosso trabalho, Inconstitucionalidade da lei dos remédios. *RT*, n. 764, junho de 1999, p. 421. Georges Dellis observa que a Conselho Constitucional aplica também o prin-

deve guardar proporção com o malefício causado, desrespeitando-se este princípio, também, quando se somam sanções de cunho administrativo e penal pelo mesmo fato, em especial se forem idênticas, por exemplo, duas penas de multa, ou pena de prestação pecuniária e pena de multa.

As sanções que se somam têm pequena distinção, relativa, na verdade, ao significado da reprovação. Se é certo que ambas guardam finalidades preventiva e retributiva, o que as distingue é o caráter moral de reprovação social inerente à sanção penal, bem como o gravame do próprio processo penal é submetido o agente, não encontráveis na sanção e no processo administrativo. Diante da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas, sobressai, na distinção entre sanções administrativas e penais, o elevado conteúdo de censura moral do processo e da sanção penal em comparação com o conteúdo de censura moral mais reduzido do processo e da sanção administrativos.

A par deste problema, é de ser considerado, como acima já havíamos apontado, a hipótese de apenas um dos campos repressivos ter eficácia, o que efetivamente sucede com a aplicação, na esfera do abuso do poder econômico, unicamente das sanções administrativas, por meio do Cade. A experiência comprova que, nesta esfera, são reduzidíssimos os processos por infração penal.

Já Tobias Barreto prelecionava: “a aplicação legislativa na penalidade é uma pura questão de política social. Ela resume-se na seguinte máxima: impor pena em todos os casos em que a sociedade não pode passar sem ela”.¹⁹ E a sociedade tem passado

sem a sanção penal, relegada à condição de letra morta, na medida em que a ação administrativa por via da Secretaria de Direito Econômico e do Cade tem atuado com eficácia. Tanto assim que o Ministério Público, que atua junto ao Cade, não tem proposto a ação penal nos casos em que há condenação administrativa.

Sem dúvida, impõe-se uma decisão de Política Legislativa, tendo em vista os argumentos e ponderações acima trazidos à baila, mas enfrentando-se o desafio lançado por Hassemer, e entre nós acolhido por Cezar Roberto Bitencourt e Maurício Zanoide de Moraes, no sentido da criação de um “Direito de Intervenção”, um novo ramo situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.²⁰

3. Conclusão: uma terceira via com a adoção de alguns princípios do Direito Penal no campo do ilícito administrativo

A formulação de uma “terceira via”, caminho a percorrer-se entre a trilha rígida do direito penal e a maior fluidez do direito administrativo está na mente de autores do peso de Hassemer que preconiza ser preci-

tervenção mínima, hoje assim explicitado por Cesar Roberto Bitencourt. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995, no qual observa: “a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”. (p. 119).

(20) W. Hassemer. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8, out/dez. 1994, p. 41 et seq.; Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 118 et seq.; Maurício Zanoide de Moraes, em trabalho apresentado na pós-graduação na disciplina de Direito Penal Econômico, em junho de 1998, sob o título: *O problema da tipicidade no direito penal econômico: Código de Defesa do Consumidor*.

cípio da proporcionalidade em matéria administrativa repressiva, de modo a limitar o cúmulo de sanções administrativas e penais (op. cit., p. 18)

(19) *Estudos de direito*, II, Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 116. Tobias Barreto formulava de forma genial o princípio da in-

so pensar um novo campo do direito que “*não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores*”.²¹ O autor chama este novo campo de “*Direito de Intervenção*”. A seu ver – em perspectiva que endossamos – o Direito Penal deveria ter por fulcro a proteção de bens individuais, como a vida, a liberdade, o integridade física e a propriedade, sem se voltar para o campo da moderna criminalidade. Do contrário, a seu ver, arrebentar-se-á o Direito Penal, que se transforma em um instrumento ineficiente.

Esta sugestão de Hassemer merece segundo Cezar Bitencourt, no mínimo, uma profunda reflexão,²² na medida em que “a pena privativa de liberdade também deve obedecer a *ultima ratio*, recorrendo-se a ela somente quando não houver outra forma de sancionar eficazmente”. Também Maurício Zanoide de Moraes entende que por essa via “*talvez vislumbre-se uma melhor resposta aos anseios modernos*”, devendo esse Direito de Intervenção não estar jungido pelos dogmas garantistas do Direito Penal, sendo antes um Direito Administrativo adaptado às peculiaridades econômicas das relações que pretende regular²³.

Concordando com estas sugestões opomo-nos, todavia, à denominação “Direito de Intervenção”, que pouco designa, uma vez que intervenção não será a característica desse novo ramo, mesmo porque não há direito repressivo que não realize uma intervenção.

A característica fundamental a ser retida é que as infrações são administrativas e não penais, sendo julgadas por um tribunal administrativo como, por exemplo, o Cade. Todavia, revestem-se de algumas garan-

tias e limitações próprias do Direito Penal, o que significa dizer que contém, simbolicamente, qualidades de infração administrativa quanto de penal. O acento primordial recai, no entanto, sobre a natureza administrativa, razão pela qual denominaria este ramo de “Direito Administrativo-Penal”, que se distinguiria do Direito Administrativo disciplinar, porquanto este pressupõe uma relação de subordinação do agente frente à Administração Pública.

Ao nosso ver deve haver uma *Parte Geral*²⁴ nas leis tipificadoras das infrações administrativo-penais, que contenha os princípios garantistas próprios do Direito Penal aplicáveis às infrações administrativo-penais, bem como os princípios ordenadores do conjunto normativo. Estes permitem, de um lado, dotar de eficácia as normas infracionais, ampliando o âmbito de incidência – o que ocorre, como veremos, na hipótese de responsabilidade solidária, na forma comissiva por omissão – e, de outro, limitar a sua incidência, o que sucede na admissão do erro de tipo ou da extinção da punibilidade.

Assim ocorre com a lei italiana de 24.11.1981, n. 689, que promoveu a despenalização de todas as violações punidas tão só com pena de multa ou com ressarcimento. Esta dedica seu primeiro capítulo aos princípios gerais, a começar pela consagração do princípio da legalidade e da não retroatividade. Trata, também, do elemento subjetivo (art. 3.º); das causas de exclusão (art. 4.º); do concurso de pessoas e da solidariedade (arts. 5.º e 6.º); do con-

(21) Op. cit., p. 49.

(22) Op. cit., p. 127.

(23) Op. cit., p. 13, nota 30.

(24) Sobre a Parte Geral, seu significado e fins objetivados, veja-se nosso *Teoria do delicto*, cit. p. 161 et seq. Giovanni Grasso. *Prospettive di un diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 8, o qual lembra que no Direito Comunitário a Direção Geral para um controle financeiro propôs uma “parte geral” do ilícito administrativo comunitário, “*così da soddisfare ad un tempo le esigenze di certezza e di uniformità della disciplina*”.

curso aparente de normas (art. 9.º), entre outros exemplos.

É imperativo analisar qual deva ser o conteúdo de uma Parte Geral de lei tipificadora de infrações administrativo-penais, tarefa à qual passamos a nos dedicar, sem esgotar, no entanto, o elenco das matérias que deve contemplar.

A) A adoção do princípio da legalidade²⁵ traz consigo, como ressalta Nuvolone, a proibição da analogia,²⁶ proibição esta que deve, a nosso ver, ser apenas *in malam partem*, ao contrário do que pensa Nuvolone, da mesma forma que cumpre retroagir a lei nova mais benéfica aos fatos anteriores, pois, como ensina Dellis, ao tratar do direito francês, tais “*princípios comuns da repressão cumpre sejam respeitados onde haja sanção que tenha o caráter de uma punição*”.²⁷

(25) Sobre a adoção do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo-penal em diversas legislações veja-se Mireille Delmas-Marty, no relatório sobre o colóquio realizado em Estocolmo, em junho de 1987, sobre os problemas jurídicos e práticos postos pela diferença entre direito criminal e administrativo-penal, na *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, n. 1 e 2, 1988, p. 36. Faria Costa, em trabalho apresentado no mesmo colóquio, considera que o princípio da legalidade não pode ser apenas proibição da não retroatividade, não se aceitando que no direito de mera ordenação social se admitam cláusulas gerais e formas de reenvio, devendo-se sufragar o princípio da tipicidade. (*Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, n. 1 e 2, 1988, p. 353 et seq.).

(26) Op. cit., p. 14. Paulo José da Costa Junior e Zelmo Denari. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46 et seq., asseveram o respeito princípio da legalidade no campo tributário, porquanto não pode haver nenhum tributo nem sanção sem lei prévia e estrita, tendo-se por consequência, por um lado o afastamento da analogia *in malam partem*, e, por outro admissão da retroatividade da lei mais favorável.

(27) Georges Dellis, op. cit., p. 290.

Aliás, na França, como igualmente acentua Georges Dellis, até a Segunda Guerra Mundial não se exigia estrito respeito ao princípio da legalidade nas infrações disciplinares, tendo, todavia, ocorrido progressiva reviravolta. Hoje o entendimento da jurisprudência é no sentido do caráter limitativo das normas administrativas repressivas, consagrando-se o princípio da legalidade com relação a todas as infrações e penas administrativas.²⁸

Com efeito, as normas do que denominamos Direito Administrativo-Penal devem ser interpretadas estritamente, com absoluto respeito à exigência de tipicidade, não se justificando o reiterado reenvio a conceitos extrajurídicos e a utilização de conceitos indeterminados e locuções abertas, sem descrição nas normas tipificadoras, dos dados elementares invariáveis da conduta que se visa prevenir e reprimir por meio da sanção administrativo-penal.

A irretroatividade, a não ser da lei nova mais benigna, a proibição de analogia *in malam partem*, a exigência de estrita tipicidade da conduta, a limitação do uso de expressões genéricas, de locuções abertas, bem como do reenvio a conceitos extrajurídicos, a certa e prévia fixação das sanções são estas algumas das diretrizes que devem orientar o Direito Administrativo-Penal.

B) Outra matéria, e mais complexa que a anterior, diz respeito ao elemento subjetivo, que a lei italiana procura resolver pela adoção da voluntariedade, conceito próprio das contravenções, apesar de referir-se, ao final do art. 3.º, à ação dolosa ou culposa. Esta solução é objeto de crítica de Nuvolone, uma vez que a jurisprudência vinha excluindo a indagação acerca do elemento subjetivo no campo do ilícito administrativo. Mas a observação mais relevante de Nuvolone diz respeito à prova: “Naturalmente, anche qui si prospetteranno

(28) Op. cit., p. 236 et seq.

spesso problemi di notevole complessità in tema di prova".⁽²⁹⁾

Sem dúvida, a prova de efetiva participação dos administradores com consciência e vontade na prática do fato tem, com certeza, se constituído no principal óbice à instauração de ações penais por crime econômico. E se é difícil formular uma denúncia, que dizer então em se obter ao final uma condenação. Cumpre, portanto, realizar-se uma opção de política legislativa, que supere as dificuldades probatórias, sendo o legislador mais severo ao admitir uma presunção do elemento subjetivo, recurso admissível no âmbito das infrações administrativas, mas inaceitável no campo penal.

Assim sendo, cremos que neste passo situa-se o dado diferenciador primordial entre a infração penal e a infração administrativo-penal. Como já acentuamos anteriormente, as ações descritas na "lei antitruste" são por sua natureza intencionais. A solução está, a nosso ver, na admissão de uma *presunção do dolo*,⁽³⁰⁾ reconhecido este como efetivo independentemente de prova,⁽³¹⁾ permitindo, todavia, que a par-

te acusada demonstre ter agido, por exemplo, em erro de tipo ou em razão de força maior. Destarte, na Parte Geral deve-se estatuir que se presume o dolo,⁽³²⁾ podendo o infrator, contudo, comprovar sua inexistência, ou seja, estabelece-se uma presunção relativa do dolo.⁽³³⁾

vel resultado de sua ação. Em matéria penal, "*ocorrerà sempre raggiungere la prova del dolo, anche se questa risulta semplificata*".

(32) Zaffaroni considera, por exemplo, que nos crimes de perigo presumido o que ocorre não é a presunção do perigo e sim a desnecessidade da prova da criação de uma situação perigosa, havendo uma presunção *iuris tantum* do perigo. (*Teoria del delitto*. Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 244) *Mutatis mutandi*, a presunção do dolo significa a desnecessidade de prova de sua ocorrência, havendo com relação ao elemento subjetivo uma presunção *iuris tantum*. Veja-se, também, sobre a inversão do ônus da prova nos ilícitos administrativos-penais, Emilio Dolcini, em trabalho também apresentado no colóquio de Estocolmo de 1987, e publicado na *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, n. 1 e 2, 1988, p. 279.

(33) Para análise da presunção em geral e em especial a presunção no Direito Penal e mormente com referência ao dolo, veja-se o estudo de Bettiol, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale. Scritti giuridici*. Pádua: Cedam, 1966, p. 343, no qual o autor, à p. 375, esclarece que no âmbito penal adota-se a teoria do consenso efetivo, "che insegna dovere il magistrato esaminare se il soggetto attivo há realmente acconsentito alla produzione dell'evento previsto como possibile, per cui il rapporto di contraddizione tra la volontà e l'evento non può desumersi da fatti che non hanno a che l' elemento subbiettivo del reato, ma deve essere accertato direttamente". Assim, a seu ver, o juiz com conjunto de motivos e de fins deve formar o convencimento de que o agente preferiu a realização do fato mais do que evitar suas conseqüências, logo, inexistindo presunção do dolo na esfera penal, o que é também ressaltado por Marcelo Gallo como sendo desconhecido no Direito Penal (Op. cit., p. 802).

(29) Op. cit., p. 17.

(30) Sobre a concepção de dolo vejam-se as nossas considerações em *Teoria do delitto*, cit. (p. 50 et seq., em especial a nota 51, p. 52). Dolo constitui representação e vontade de todos os elementos do tipo, revestindo-se o dolo de uma carga significativa, qualificada a vontade por uma intencionalidade axiologicamente significativa, devendo o agente representar que ofende o bem jurídico que a norma pretende proteger. Neste sentido, veja-se Marcello Gallo, verbete, "Dolo", *Enciclopedia del Diritto*, v. XIII, p. 789.

(31) Marcello Gallo, op. cit., p. 801, examina com percuência *l'accertamento del dolo*, que constitui a passagem do extrínseco conhecido para o intrínseco desconhecido, para a partir de dados objetivos e segundo regras de experiência fazer a dedução do dolo, para determinar se no caso concreto o agente efetivamente quis e previu o possí-

C) Passando, agora, a analisar a solidariedade entre a empresa, a pessoa jurídica e o seu administrador cumpre que se reconheça uma responsabilidade solidária além da hipótese em que sejam os dirigentes partícipes diretos dos atos de abuso do poder econômico. Essa solidariedade há de ser estendida tendo por base estipulação, a constar da Parte Geral, de que existe, por parte do diretor ou gerente, um dever de agir como garante no impedimento de ações de abuso do poder econômico, limitado esse dever pelo poder de agir dentro do âmbito decisório da empresa. Assim sendo, seja na forma comissiva, como comissiva por omissão, estabelece-se a solidariedade entre a empresa e seu dirigente na imputação da prática de infração à ordem econômica.

D) Mais uma questão deve ser enfrentada e que se põe como um desafio. Ao nosso ver é pertinente que integrem a Parte Geral de uma lei tipificadora de infrações administrativo-penais normas relativas às causas dirimentes fundadas na não exigibilidade de outra conduta, *verbi gratia* a coação irresistível e o estado de necessidade, situações que se podem apresentar possíveis, como na hipótese de ações concertadas de fixação uniforme de preços, sob pressão dos demais concorrentes.

E) A infração é de ser considerada não é de ser sancionada, se se incorreu em erro de tipo, ou o fato se deu em razão de força maior.

F) Outro ponto a constar da Parte Geral diz respeito à individualização da sanção, com a aplicação da necessária e justa dentre as prévia e claramente estabelecidas, valendo-se de elenco de circunstâncias agravantes e atenuantes, mas sem as imprecisões constantes do art. 27 da “lei antitruste”.

G) As causas de extinção da punibilidade, os fatos interruptivos da prescrição e o prazo prescricional da execução da sanção devem ser, também, contemplados na Parte Geral.

Finalizando, é essencial destacar que a “despenalização” dos crimes econômicos, relativos ao abuso do poder econômico, deve andar de par com a elaboração de uma nova “lei antitruste”, que supere as falhas gritantes de técnica legislativa e de lógica da atual lei, instituindo-se uma Parte Geral e com especial atenção à descrição típica estrita das condutas infracionais. É este o primeiro passo para se construir um Direito Administrativo-Penal,³⁴ formado, no futuro, por um conjunto de leis de defesa da ordem econômica, do meio ambiente, da saúde pública.

Desse modo, pode-se avançar na construção de uma terceira via,³⁵ que dote o Ordenamento de um instrumento mais ágil que, sem deixar de atender a alguns princípios garantistas do Direito Penal, supere os óbices que tornam este último ineficiente, fazendo atuar, por outro meio e de modo eficaz, os fins de prevenção e retribuição na defesa de bens jurídicos essenciais, fracamente protegidos pela lei penal, que se revela dispicienda.

Reproduzindo, novamente, Tobias Barreto, se é certo que cabe “*impor pena em todos os casos em que a sociedade*

(34) É certo, contudo, que o julgamento das infrações administrativo-penais deve ser realizado por conselho, cujos membros estejam, tal como sucede no Cade, revestidos de garantias e sujeitos a vedações que assegurem a imparcialidade e independência das decisões.

(35) Sobre as matérias que devem ser objeto do direito administrativo-penal veja-se Mireille Delmas-Marty (op. cit., p. 57 et seq.). Dolcini (op. cit., p. 277 et seq.) considera que a “despenalização” alimentou de forma preponderante o direito administrativo-penal, faz um elenco das matérias despenalizadas, e lembra os critérios para a despenalização constantes de circular do Conselho de Ministros de 1983: proteção de interesses não primordiais, lesões leves a interesses primordiais, lesões a interesses primordiais, mas em relação às quais a sanção administrativa revela-se mais adequada para a prevenção geral e especial.

não pode passar sem ela", igualmente correto é que não se deve impor sanção penal, socialmente estigmatizante, e em especial a pena privativa de liberdade, em todos os casos em que a sociedade pode passar sem ela.