

VALLE, Gabriel. *A aventura da filosofia*. Belo Horizonte: Sophia, 1995.

VILLANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

## OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PENAIS E A LEI DE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA: UM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE OU DE DESCRIMINALIZAÇÃO?

Luciano Sotero Santiago

*A simples magia das incriminações não basta para fazer reinar a ordem no mundo econômico.*

Pierre Bolle.

### Sumário

1. Introdução. 2. Direito Penal Econômico. 2.1. Conceito. 2.2. Origem. 2.3. Autonomia. 3. Alguns princípios constitucionais fundamentais do Direito Penal. 3.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal. 3.2. Princípio da culpabilidade. 3.3. Princípio do juiz natural. 3.4. Princípio da presunção da inocência. 3.5. Princípio da não auto-incriminação. 3.6. Princípio da não responsabilidade penal da pessoa jurídica. 4. O Direito Penal Econômico como forma de proteção da concorrência. 5. Breves considerações sobre a Lei n. 8.884/94. 5.1. Do objetivo da lei. 5.2. Da natureza jurídica do Cade. 5.3. Dos sujeitos ativos das infrações econômicas. 5.4. Da produção de provas no processo administrativo. 5.5. Infrações à ordem econômica: Caracterização e tipificação. 6. Os princípios constitucionais fundamentais penais e a Lei n. 8.884/94. 6.1. Das várias incompatibilidade. 6.2. Princípio da legalidade ou da reserva legal e os arts. 20 e 21. 6.3. Princípio da culpabilidade e o art. 20. 6.4. O princípio do juiz natural e o Cade. 6.5. O princípio da presunção de inocência e os arts. 23, 24, 26 e 34. 6.6. O princípio da não auto-incriminação e o art. 26. 6.7. O princípio da não-responsabilidade penal da pessoa

jurídica e o art. 15. 7. A Lei n. 8.884/94: um caso de inconstitucionalidade ou de descriminalização. 8. Posicionamento do STF. 9. Conclusão. 10. Fontes bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Dada a tradição do ordenamento jurídico brasileiro de penalizar e lançar no Direito Penal todas as infrações à ordem econômica – ainda que os efeitos alcançados por essa legislação excessivamente repressiva sejam, na maioria das vezes, inócuos e simbólicos<sup>1</sup> –, criou-se na doutrina e na jurisprudência, tanto do Cade quanto dos tribunais, o paradigma<sup>2</sup> de que a lei de proteção da concorrência possui natureza jurídica de Direito Penal Econômico, estando, portanto, subordinada aos princípios do Direito Penal.

Contribuíram para que esse posicionamento se consolidasse de modo quase unânime duas crenças que, mesmo hoje, com toda a evolução do Direito, ainda persistem, sem sofrerem maiores questionamentos. A primeira é a idéia de que o Direito Econômico não possui mecanismos e sanções aptos a reprimir as infrações econômicas, e a segunda é a identificação de qualquer sanção como matéria de Direito Penal.

- 1 Observa Joaquim Simões Barbosa que, “Nesses mais de trinta anos de existência, a legislação antitruste brasileira não se fez sentir na prática. Os poucos casos de condenações administrativas não têm qualquer representatividade e, na esfera penal, simplesmente não existem precedentes [...] Por que esse quadro? Certamente, não seria por falta de infratores. Os economistas são unânimes em identificar o Brasil como um país fechado, com alta concentração econômica e grande número de setores oligopolizados, onde poucas empresas atuam de forma concentrada, pondo-se a salvo dos riscos da competição. Exatamente o ambiente onde uma legislação antitruste efetiva tem um importante papel a desempenhar (Riscos da atividade empresarial no âmbito penal. *Revista de Direito Mercantil*, n. 91, p. 51.)
- 2 Segundo Alberto Amaral Júnior, pode-se entender por paradigma “o conjunto de crenças, valores, conceitos, teorias e técnicas que são partilhados sem discussão por uma dada comunidade científica” (*Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993, p. 17).

É importante frisar que o dogma de se considerar a lei de proteção da concorrência como matéria de Direito Penal Econômico é tão assentado entre nós que nem mesmo o fato de haver uma série de incompatibilidades entre os princípios básicos de Direito Penal e a aplicação daquela lei, é o bastante para firmar-se um novo entendimento sobre o tema.

E é essa quase ausência de questionamento do paradigma penal econômico da lei de proteção da concorrência a razão pela qual formulamos o presente estudo, com o objetivo de indagar se é juridicamente aceitável, em face dos princípios fundamentais do Direito Penal e do Texto Constitucional, a tendência de se interpretar e de se considerar a Lei n. 8.884 como matéria de Direito Penal Econômico.

## 2 DIREITO PENAL ECONÔMICO

### 2.1 Conceito

Devido à dificuldade de se delimitar e definir o objeto do Direito Penal Econômico, alguns doutrinadores vêm optando por conceituá-lo tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo.<sup>3</sup>

Miguel Bajo Fernandez conceitua o Direito Penal Econômico de maneira restrita ao considerá-lo como um “conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendido como disciplina jurídica do intervencionismo estatal”, e de maneira ampla como “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendido como disciplina jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”.<sup>4</sup>

- 3 Nesse sentido ver TIEDMANN, Klaus. *Poder econômico e delito: introducción al derecho penal econômico y de la empresa*. Traducción de Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, p. 18-19.
- 4 FERNANDEZ, Miguel Bajo. *Direito penal econômico aplicado a la actividad empresarial*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1978, p. 37-40, *apud* LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. 1. ed., São Paulo: RT, p. 38.

## 2.2 Origem

“O direito penal econômico é [...] um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização.”<sup>5</sup> Analisando esta definição de Direito Penal Econômico, verifica-se que a razão de sua existência está intimamente vinculada ao próprio surgimento do Direito Econômico.<sup>6</sup> Na medida em que o Estado começou a intervir na economia, adotando uma série de políticas econômicas, fez-se necessária a utilização de uma série de medidas sancionatórias<sup>7</sup> que assegurassem a efetividade e a eficácia de sua política intervencionista. Daí, que assim o define Aftálion:

*“El Derecho Penal Económico. Apareció, pues, como Lei vertiente penal del Derecho Económico, en el sentido que la relevancia de los intereses sociales comprometidos hizo que los legisladores consideraram indispensable reforzar sus previsiones con el más drástico instrumento de que dispone el Estado: la sanción penal, eminentemente ejemplarizadora y retributiva.”*<sup>8</sup>

A utilização de sanções penais para o resguardo das políticas econômicas e conformação da ordem econômica pode ser explicada pelo fato de o Direito Econômico, em sua origem, não ter tido sanções próprias, o que o fez recorrer ao Direito Penal – ramo sancionador por excelência – para dar às suas normas jurídicas maior eficácia e efetividade. Tal questão é muito bem explicada pelos autores franceses G. Stefani e Levasseur que, em citação de Isabel Vaz, afirmaram:

5 PIMENTEL, Manoel Pedro, *op. cit.*, p. 21.

6 Ensina Santiago Sabas Arias que o Direito Penal Econômico é “*el agregado de preceptos provistos de sanciones penales y dirigidas a procurar al Estado los medios económicos requeridos para atender a las necesidades públicas*” (*Derecho Penal Económico o pecuniário. Estudios de Derecho*, v. 23, n. 65, p. 333).

7 José Frederico Marques aduz que “as sanções de caráter penal foram postas a serviço da regulamentação normativa da vida econômica e suas repercussões nos fatos que a ordem pública disciplina” (SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico. São Paulo, Revista dos Tribunais – Prefácio, *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro, *op. cit.*, p. 21).

8 AFTÁLION, Henrique R. *Tratado de derecho penal especial*, v. I, p. 92.

“O Direito Penal é um direito sancionador, ao qual as outras disciplinas jurídicas recorrem para aferir sanções suficientes às obrigações que editam e isto ocorre tanto mais facilmente quanto esses ramos do direito são jovens e ainda não forjaram sanções próprias suficientemente eficazes e editam regras novas, difíceis de impor.”<sup>9</sup>

Explica-se com isso a tendência de uma boa parte da doutrina de defender o emprego do Direito Penal Econômico como forma de proteção à livre concorrência, eis que este fenômeno econômico foi, desde a sua origem, filiado ao Direito Penal. A respeito do assunto, Ana Maria Ferraz Augusto assevera:

“A tentativa de construir um ‘direito penal econômico’ tem sua origem na preconceituosa doutrina jurídica liberal que considerava os crimes contra a ordem econômica como delitos comuns, portanto configurados nos limites do direito penal. À luz do liberalismo econômico este entendimento, até certo ponto, seria aceitável. Na lição de Washington Peluso Albino de Souza esta abordagem justifica-se pela ‘falta de caracterização do direito econômico, naquele período liberal’. Modernamente, toda esta controvérsia perde o sentido sob o enfoque do reconhecimento do conteúdo econômico em qualquer dos ramos do direito.”<sup>10</sup>

## 2.3 Autonomia

Dada a especificidade e a peculiaridade do Direito Penal Econômico, poder-se-ia, em princípio, considerá-lo como um ramo jurídico autônomo, dotado de princípios próprios. Todavia, tal idéia é veementemente rechaçada pela doutrina que, além de negar a autonomia do Direito Penal Econômico, entende que este se vincula e se subordina aos princípios básicos do Direito Penal. Nesse sentido, a opinião de Manoel Pedro Pimentel:

9 STEFANI, G. & LEVASSEUR, G. *Drôit pénal général*. Cinquième edition. Paris: Dalloz, 1971, *apud* VAZ, Isabel. Direito da concorrência. Forense. 1ª.ed, p. 271.

10 AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. v. 67. p.63, verbete: Sanções econômicas.

“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 é inegável, 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 Econômico.

Nem mesmo a alegação de que este direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do Direito Penal, aqueles mesmos já mencionados como os da reserva legal e da responsabilidade subjetiva. Se se tratasse de um direito autônomo, que somente adotasse a sanção penal, não se cogitaria de tais restrições, pois a sua construção própria e especial, mais chegada à natureza privatística, refugiria a tais exigências dogmáticas. No entanto, à evidência, ninguém poderá defender de boa mente a conveniência de serem postergados esses princípios, em se tratando de leis sancionadas com a grave pena restritiva de liberdade. Se assim não se entender, a pretendida autonomia do Direito Penal Econômico se converteria em intollerável arma de opressão estatal, um poderoso instrumento coercitivo capaz de esmagar as maiores conquistas da humanidade, no campo da liberdade.”<sup>11</sup>

11 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, p.15-16.

No mesmo sentido, o professor catedrático de Direito Penal da UFMG Jair Leonardo Lopes aduz: “No sentido amplo ou estrito, são pertencentes ao Direito Penal os conceitos básicos do Direito Penal Econômico.”<sup>12</sup>

Por sua vez, manifesta-se José Inácio Gonzaga Franceschini: “Não aspirando, o Direito Penal Econômico, autonomia em relação ao Direito Penal, há que se compreender bem as particularidades deste.”<sup>13</sup>

Por fim, o penalista argentino Enrique Aftálion, citando algumas das conclusões das primeiras jornadas nacionais de direito:

“Toda vez que el legislador se dedica a comminar sanciones penales para reforzar el cumplimiento de una política económica, deberá: configurar los delitos en forma precisa y nítida; evitar la superposición o concurso de normas y respetar los principios básicos del Derecho Penal.”<sup>14</sup>

Tal entendimento também está firmado por remansosa jurisprudência do Cade:

“Lei antitruste – Aplicabilidade dos princípios fundamentais do Direito Penal Comum – Reconhecimento.

Inserindo-se a legislação antitruste no campo do Direito Penal Econômico, não lhe são estranhos os princípios fundamentais do Direito Penal Comum.”<sup>15</sup>

“Lei antitruste – Aplicabilidade dos princípios gerais do Direito Penal. Princípio da reserva legal – Reconhecimento.

Os princípios gerais do Direito Penal são aplicáveis ao Direito Penal Econômico.”<sup>16</sup>

12 LOPES, Jair Leonardo, *op. cit.*, p. 38.

13 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 221 *et seq.*

14 AFTÁLION, Enrique R. Tratado de derecho penal especial. Buenos Aires: Fedye, v. I, p. 160.

15 REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO, n. 6. p. 47.

16 *DOU* de 12 de junho de 1969, Seção I, Parte I, p. 5.012.

### 3 ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL<sup>17</sup>

#### 3.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta e certa.*<sup>18</sup> o princípio da legalidade constitui um dos marcos fundamentais do Direito Penal. Consagrado pela Constituição no rol dos direitos e garantias individuais,<sup>19</sup> possui a função de limitar o poder punitivo estatal.

Não se restringindo somente à idéia da prévia definição legal de um crime e de uma pena, o princípio da legalidade tem, ainda, outras duas importantes funções: a de impor que as normas penais sejam sempre descritas de modo preciso, estrito e determinado, evitando-se, assim, a utilização de tipos penais vagos, abertos e indeterminados,<sup>20</sup> e, também, a de vedar totalmente o emprego da analogia *in mala partem*.

- 17 Para César Roberto Bittencourt e Luiz Régis Prado: "Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos estes princípios são de garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988 [...] todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º) têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da Culpabilidade, de um Direito Penal mínimo e garantista (Princípios fundamentais do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, p. 81).
- 18 Segundo Francisco de Assis Toledo: "*Lex praevia* significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição de fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. *Lex stricta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (analogia *in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis penais indeterminadas. Com a aplicação concomitante desses quatro princípios [...] constrói-se a denominada função de garantia da lei penal, que pode também ser entendida como autêntica função de garantia individual das cominações penais (*Princípios básicos de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva).
- 19 Art. 5º, inciso XXXIX: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."
- 20 Cláudio Heleno Fragoso entende ser "este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa". Como ensina mestre Soler, "a só existência de lei

#### 3.2 Princípio da culpabilidade ou da pessoalidade do injusto

*Nullum crimen sine culpa, nulla poena sine culpa*: o princípio da culpabilidade caracteriza-se por ser uma das maiores conquistas e garantias do Direito Penal moderno,<sup>21</sup> a ponto de constituir "um requisito básico e fundamental da punibilidade",<sup>22</sup> na medida em que "sem culpabilidade não pode haver pena [...] e que ninguém pode ser penalmente responsabilizado sem atuar com dolo ou pelo menos culpa".<sup>23</sup>

A finalidade primordial desse princípio é afastar qualquer possibilidade de se empregar a responsabilidade objetiva ou sem culpa no âmbito penal. Sendo assim, "qualquer tendência de se aplicar a responsabilidade objetiva no Direito Penal é absolutamente inconstitucional,<sup>24</sup> uma vez que a pessoalidade do injusto é uma conquista da humanidade".<sup>25</sup>

prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitiva de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida". A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador" (*Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 82.)

- 21 Assevera Cernicchiaro que "o princípio da responsabilidade pessoal é outra conquista do Direito Penal Liberal. Constou da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, reeditado também na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948. Esse princípio representa lenta e penosa conquista política. Acompanha as etapas de evolução do Direito Penal." (*Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 89.)
- 22 DERZI, Misabel Abreu Machado. A unidade do injusto. *Revista de Direito Tributário*, n.63, p. 217.
- 23 GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 245.
- 24 Afirma Cernicchiaro que "a responsabilidade objetiva [...] contrasta com a Constituição (*op.cit.*, p. 145.)
- 25 DERZI, Misabel Abreu Machado, *op. cit.*, p. 229.

### 3.3 Princípio do juízo natural

*Nulla poena sine lege judicium*: o princípio do juízo natural é a garantia constitucional de que somente o Judiciário possui a competência para aplicação de sanções penais.

A Constituição Federal garante tal princípio na medida em que:

- a) não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII);
- b) ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII);
- c) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII);
- d) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).

Desse modo, conclui-se pela impossibilidade e pela inconstitucionalidade da imposição de sanção penal por órgãos do Poder Executivo.

### 3.4 O princípio da presunção de inocência

Tal princípio é a garantia de que somente após uma condenação transitada em julgado poder-se-á impor pena ou medida de segurança.<sup>26</sup> Segundo Damásio de Jesus, a presunção de inocência “visa impedir que antes de a sentença condenatória transitar em julgado sejam determinadas, contra o acusado, medidas de coerção pessoal de sua liberdade que não se revistam de natureza cautelar e do requisito de necessidade (que sofra a chamada ‘pena antecipada’).”<sup>27</sup>

### 3.5 O princípio da não auto-incriminação

Assegurado pela Constituição Federal, o princípio *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII) garante ao acusado a prerrogativa de não se auto-incriminar, sen-

26 Segundo Cernicchiaro: a aplicação da sanção penal tem por pressuposto a sentença condenatória transitada em julgado, *op. cit.*, p. 112.

27 JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, p. 723.

do-lhe permitido até mesmo deixar de dizer a verdade sobre os fatos que lhe são imputados.<sup>28</sup> Comenta a respeito Ada Pellegrini Grinover:

“O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. [...] O retorno ao direito do silêncio, em todo seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro deve ser a sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade.”<sup>29</sup>

### 3.6 Princípio da não-responsabilidade penal da pessoa jurídica

O brocardo romano *societas non delinquere potest* constitui um dos principais dogmas do Direito Penal.<sup>30</sup> Funda-se na idéia de que a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada penalmente, eis que “não possui nem capacidade de ação e nem capacidade de culpa”.<sup>31</sup>

28 Para Mirabette, “princípio de que ninguém é obrigado a acusar-se (*nemo tenetur se detegere*), adotado irrestritamente pela norma constitucional, impede qualquer consequência adversa ao acusado”. (*Processo penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, p. 270.)

29 Citada por Hugo de Brito Machado. Consequências penais do inadimplemento de obrigações tributárias. (*Revista de Direito Administrativo*, n. 199, p. 113.)

30 Como meio de contenção da criminalidade moderna – em especial a econômica e ambiental – alguns doutrinadores defendem a revisão da máxima *societas delinquere non potest*. Ver TIEDMANN, Klaus. Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.11, p.21-36; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987; RIGHI, Esteban J.A. Los delitos que involucran a leis empresas transnacionales y el principio *societas delinquere non potest*. (*Revista del Derecho Industrial*, n. 19. fev./abr., 1985.)

31 SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 40.

Segundo tal princípio, “apenas o homem pode ser o sujeito ativo do delito. É que a conduta delituosa exige a manifestação da vontade conscientemente dirigida a um fim e somente o ser humano pode atuar voluntariamente”.<sup>32</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em razão dos arts. 173, § 5º, e 223, § 3º,<sup>33</sup> alguns doutrinadores, a princípio, consideraram ser possível a responsabilização penal da pessoa jurídica. Todavia, este posicionamento minoritário<sup>34</sup> não se sustentou, em face de uma análise mais detida do texto constitucional. Na opinião de Pierangelli,

“este novo entendimento decorre de uma interpretação sistemática da Constituição, e, como ela optar claramente pelo princípio da personalidade (art. 5º, II) e fixou princípios e regras que asseguram o direito de liberdade que reflete-se nos direitos humanos, seria difícil aceitar-se a sua vinculação com a responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV), com o que estabeleceu uma relação psicológica entre o homem e a conduta, e, ao lado deste, fixou o princípio da culpabilidade. Esta, numa versão moderna, é exigibilidade de conduta diversa da desenvolvida, que fundamenta o juízo de censura ou de reprovação. Como censurar-se uma pessoa jurídica? questiona Luiz Vicente Cernicchiaro. Mas, um exame exegético, até mesmo uma interpretação gramatical mais detida, leia a conclusão que chegamos. O art. 225, § 3º, tem a seguinte redação:

‘As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar danos causados.’

32 LEAL, João José. *Curso de direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 147.

33 Art. 173, § 5º: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Art. 225, inciso VII, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

34 Posição minoritária de Mirabete e João Marcelo de Araújo Júnior. Por outro lado, a posição majoritária encontra-se nas opiniões de Cernicchiaro, Luís Luiz, Manoel Pedro Pimentel, Jair Leonardo Lopes, Sheila Jorge Selim de Sales, Juarez Tavares e Renê Ariel Dotti.

Na verdade, o texto estaria perfeito se após a expressão ‘pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas’ escrevesse respectivamente. Como o legislador constituinte não o fez, cabe ao intérprete buscar a real exegese do texto. Parece-nos que o melhor entendimento é que a Constituição programou sanções penais para as pessoas físicas, e administrativas, para as pessoas jurídicas. Comungamos, portanto, das conclusões de Cernicchiaro: ‘Nessa passagem, a Constituição tornou explícito o que é evidente no art. 225, § 3º (o professor brasileiro refere-se ao art. 173, § 5º): as sanções serão compatíveis com as características de pessoa física (responsabilidade pessoal) e da pessoa jurídica. Interpretar o art. 225, § 3º, sem esse registro, além de contrariar a análise lógica, choca-se com o estudo sistemático da Constituição’.<sup>35</sup>

#### 4 O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA

A doutrina brasileira, em sua maioria,<sup>36</sup> sempre enquadrou a disciplina jurídica da concorrência ou do abuso do poder econômico no âmbito do Direito Penal Econômico.

Contribuiu para esse entendimento uma série de fatores, dentre os quais:

a) a tradição do legislador brasileiro de sempre penalizar e lançar no Direito Penal todos os ilícitos, inclusive os da área econômica;<sup>37</sup>

35 PIERANGELLI, José Henrique. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas na CF/88. *Revista dos Tribunais*, n. 684.

36 Na doutrina brasileira, José Inácio Gonzaga Franceschini é um dos maiores defensores dessa tese. Sobre seu entendimento, ver o livro: *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996; e o artigo doutrinário: *Introdução ao direito da concorrência*. *Revista de Direito Econômico*. CADE. n.21. 1995. p. 75-120.

Franceschini cita vários doutrinadores que, como ele, comungam da opinião de que a lei de proteção da concorrência está filiada ao Direito Penal Econômico: Barreto Filho, José Frederico Marques, Orozimbo Nonato, Manoel Pedro Pimentel. (Ver: *Introdução ao direito da concorrência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 221 *et seq.*)

37 Para César Faria Júnior essa política criminal do legislador brasileiro está “ligada àquela visão ingênua e mágica” de que fala o Prof. Norberto Spolansky da Universidade de Buenos Aires, segundo a qual “com o Direito Penal se pode resolver todo tipo de problema, desde a proteção da vida até a solução da inflação”. (Dos crimes contra a ordem tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n.4. p. 115.)

b) o fundamento histórico, uma vez que o abuso do poder econômico foi inicialmente regulado pela lei de crimes contra a economia popular, a qual previa a imposição de penas privativas de liberdade;<sup>38</sup>

c) o não-reconhecimento da autonomia do Direito Econômico;

d) a idéia de que o Direito Econômico não era dotado de sanções suficientemente aptas para reprimir as infrações econômicas;<sup>39</sup>

e) a identificação de qualquer sanção como matéria de Direito Penal;<sup>40</sup>

f) a preocupação essencialmente repressiva para defesa da livre concorrência nos textos constitucionais anteriores à CF/88;<sup>41</sup>

38 A respeito da evolução histórica da legislação de concorrência, ver: VAZ, Isabel. *O direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça, n. 45, p.175.

39 Na opinião de Marcos Jurueña Vilela Souto, “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. Crimes de abuso de poder econômico. (*Revista dos Tribunais*, n. 693, p. 319.) Manoel Pedro Pimentel entende que as normas de Direito Econômico nem sempre “são providas de sanções suficientemente severas para coibir a prática de condutas capazes de ferir bens ou interesses jurídicos da mais alta relevância. Por isso mesmo o Estado lança mão da sanção penal, cominando penas determinadas que, no âmbito dessas relações econômicas, vêm a reclamar repressão mais drástica”. (*Op. cit.*, p. 10.)

40 Ensina Washington Peluso Albino: “Ponto que conduz a enganos é pretender identificar qualquer presença de ‘sanção’ à matéria de Direito Penal, pois, se for aceito, o Direito, como norma coativamente imposta, então só existirá Direito Penal.” (*Primeiras linhas de direito econômico*. 3. ed. São Paulo: LTr, p. 64.) Contrário a Washington, Fernando Sáinz de Bujander sustenta: “*Pienso que las normas penales están distribuidas en el ordenamiento positivo en toda clase de leyes, y que son penales, aunque no aparezcan formuladas en las leyes que ahí se designem, precisamente porque son normas que contemplan infracciones y que establecen penas.*” (*Hacienda y derecho*. Madrid, 1962, v. II, p. 210-211.)

41 As Constituições anteriores à de 1988 consagravam a repressão ao abuso do poder econômico, e não a livre concorrência, como um dos princípios informadores da ordem econômica. Para Isabel Vaz, “por definição constitucional, a livre concorrência é um princípio informador da atividade econômica, enquanto a repressão ao abuso do poder econômico configura um dos instrumentos de sua proteção”. (*Op. cit.*, p. 287.)

g) a idéia de que o Direito Penal, no que tange às práticas monopolistas e anticoncorrenciais, seria mais eficiente e daria maiores garantias do que outros ramos jurídicos.<sup>42</sup>

Convém ressaltar que, apesar de a maioria dos fatores acima constituírem em objeto de fortes críticas doutrinárias, a tendência no Brasil, ainda, é a de considerar a proteção da concorrência como matéria afeta ao Direito Penal Econômico.

## 5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N. 8.884/94

### 5.1 Do objetivo da lei

Abandonando a função pura e simplesmente repressiva da Lei n. 4.137,<sup>43</sup> a nova lei de proteção da concorrência (Lei n. 8.884/94) consagrou a idéia da *prevenção* em relação às infrações econômicas. Isto quer dizer que o objetivo desta lei não se exaure em apenas punir ou “reprimir a atuação abusiva dos agentes econômicos, mas de convocá-los para exercer uma ‘atuação positiva’ [...] onde mais do que reprimir, o Estado propõe a orientar, persuadir e a convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica e social”.<sup>44</sup>

Desse modo, ao se aplicar a Lei n. 8.884, deve-se levar em conta que a sua primeira finalidade é a prevenção e, só depois, a punição. Importa ressaltar que esta intervenção no domínio econômico se faz com o intuito de proteger o mercado e não

42 Ver: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Crimes contra a ordem econômica*. p. 96-97.

43 Observa João Bosco Leopoldino da Fonseca que “o art. 1º da Lei n. 4.137, de 10/12/1962, fazia referência somente à repressão ao abuso do poder econômico. Não se introduzira ainda a idéia da atuação preventiva do Estado. O CADE tinha somente a função de punir os abusos do poder econômico”. Ressalta ainda que “o novo texto dispõe a *prevenção e repressão às infrações* contra a ordem econômica. O que pretende o legislador é estabelecer uma garantia mais ampla à liberdade de concorrência, incluindo-se simultaneamente os sistemas de *proibição do perigo* e os de *produção do resultado*. No primeiro caso, adotando-se um *controle prévio*, para evitar que ocorram lesões ao princípio da livre concorrência, procura-se evitar um *dano potencial*; já no segundo caso, em que se proíbe o dano efetivo, o controle se exerce depois da produção do dano”. (*Lei de proteção da concorrência. Comentários à Lei Antitruste*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 52-53.)

44 VAZ, Isabel. *O direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed., p. 273.

de acabar com ele; assim, não podemos interpretar a atual lei de proteção conforme a noção clássica: a de que prevalece o direito em detrimento do mercado, ou vice-versa. O que se busca agora é uma relação de harmonia entre um e outro.

### 5.2 Da natureza jurídica do Cade

Uma das importantes inovações da Lei n. 8.884 foi a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em uma autarquia federal,<sup>45</sup> possibilitando-lhe maior autonomia, com a função básica de prevenir e reprimir práticas anticoncorrenciais. Um ponto importante a ser ressaltado é que o Cade, órgão do Poder Executivo, mesmo exercendo uma função judicante, não exerce nenhum poder jurisdicional, eis que este é privativo dos órgãos do Poder Judiciário.

Por fim, em razão da natureza administrativa do Cade, deve-se dizer que suas decisões, dado o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, não fazem coisa julgada, estando estas sempre sujeitas ao controle judicial.

### 5.3 Dos sujeitos ativos das infrações econômicas

A Lei n. 8.884/94 considera sujeito ativo das infrações econômicas tanto as pessoas físicas<sup>46</sup> quanto as jurídicas. Mas é óbvio que, no âmbito da proteção da

45 Para Washington Peluso Albino de Souza, “a autonomia decorrente da natureza de autarquia conferindo ao CADE maior poder de ação que, embora não chegando à equiparação com o Poder Judiciário, liberou-o de um dos passos burocráticos de dependência da administração central para certos tipos de atuação que requerem mais presteza na objetivação”. (*Op.cit.*, p. 215.)

46 Rui Stoco afirma que “assentado que sujeito ativo do ato ilícito poderá ser tanto a pessoa física como jurídica, cabe buscar a correta exegese dos preceitos fixados na lei. Ressuma evidente que a pessoa física só pode ser agente quando pratique atos de comércio, ou melhor, atos de natureza econômica. Em verdade a lei buscou abarcar pessoas físicas que exercem movimentações econômicas, tal como ocorre hoje com as microempresas, firmas individuais regularizadas ou não, e mesmo, com inúmeras outras exercentes daquilo que se convencionou chamar de economia informal”. O mesmo autor aduz ainda que “circunstância peculiar e inovadora da lei está na criação da responsabilidade solidária entre a empresa ou a sociedade, como ente jurídico, e a pessoa física de seus integrantes ou representantes legais. Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 213.)

concorrência, a preocupação maior está ligada à pessoa jurídica, devido ao seu maior potencial para o cometimento de práticas anticoncorrenciais.

Em decorrência disso, a referida lei permite a possibilidade de se responsabilizarem pessoas jurídicas de direito privado e as de direito público. No que pertine às de natureza privada, poderão ser punidas tanto as pessoas jurídicas legalmente constituídas, como também aquelas constituídas apenas de fato.

Por fim, é “importante ainda ressaltar que o legislador não exclui as situações de monopólio legal, em que poderá haver situações de abuso que deverão ser coibidas, sob pena de ocasionar-se lesão à ordem econômica”.<sup>47</sup>

### 5.4 Da produção de provas no processo administrativo

Para dar maior efetividade e eficácia aos procedimentos investigatórios que visam à apuração de eventuais infrações econômicas, o legislador concedeu ao Cade e à Secretaria de Direito Econômico (SDE) amplo poder para requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas.

E na hipótese de ocorrer alguma recusa, omissão, enganiosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos requisitados pelo Cade e pela SDE, existe, ainda, previsão legal que considera essas infrações sujeitas à aplicação de uma multa diária de 5.000 UFIRs, a qual pode ser aumentada em até vinte vezes.

Dada a prerrogativa de se impor multa legal, infere-se que a solicitação de documentos e informações pelo Cade e pela SDE não se caracteriza como simples pedido, e sim como exigência, de forma a não restar outra opção que não seja cumpri-la.

### 5.5 Infrações à ordem econômica: caracterização e tipificação

Reza o art. 20:

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

47 FONSECA, João Bosco Leopoldino da, *op. cit.*, p. 81.

Já o art. 21 diz:

“As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.”

Os preceitos legais retrocitados constituem dois dos mais polêmicos<sup>48</sup> artigos da Lei n. 8.884/94.

O primeiro porque consagra a responsabilidade objetiva na caracterização das infrações à ordem econômica, e o segundo porque estabelece que outras condutas, ainda que não previamente descritas na lei – desde que configurem a hipótese prevista no art. 20 e seus incisos –, sejam consideradas, também, infrações econômicas.

Interpretando os artigos supramencionados, o professor titular de Direito Econômico da UFMG, João Bosco Leopoldino da Fonseca, ensina:

“Para definir as infrações o legislador se vale de um critério de definição estipulativa e funcional. Não se tem condições de criar, no campo das relações econômicas, um tipo, como ocorre no Direito Penal, em que as entidades descritas são elementares na vida humana.

A definição dos tipos de infração da ordem econômica leva em conta não a estrutura ou a característica do ato, mas o seu objetivo, o seu efeito concreto, independentemente da intenção do agente. O art. 20 se refere às finalidades concretas, que são atingidas pelos atos praticados pelo agente econômico. São essas finalidades que identificam tais atos como infrações.

Para caracterizar tais atos como infrações contra a ordem econômica, teria o julgador que verificar se eles são concretamente aptos a produzir qualquer dos efeitos, mesmo que estes, na vida econômica real, não sejam alcançados.

E os efeitos previstos são os seguintes:

48 Tanto o art. 20 como o 21 foram objetos de sérias críticas por parte de alguns doutrinadores. A esse respeito ver: FRANCESCHINI. Introdução ao direito da concorrência. *Revista de Direito Econômico*. Cade, n. 21, p.108 *et seq.*

1. lesão da livre concorrência e da livre iniciativa;
2. formação de mercado relevante de bens ou serviços;
3. situação de lucros arbitrários;
4. exercício de posição dominante.

Tais objetivos, que constituem exatamente a essência da proteção do equilíbrio do mercado, deverão ser vistos concretamente em correlação com os atos que são postos a julgamento. O legislador não investiga a intenção, mas se detém nos efeitos produzidos [...] o art. 21 traz em seu bojo diversos problemas, que devem ser abordados por partes, para melhor entendimento da questão.

Em primeiro lugar, a enumeração contida no artigo é exemplificativa, e não taxativa, como se deduz da expressão ‘além de outras’.

Em segundo lugar, o legislador faz neste artigo uma descrição de condutas, colocando-as em estreita ligação com as hipóteses elencadas no art. 20. Aqui deverá ressaltar-se um critério importante fixado no *caput* do artigo. Há uma ligação entre as condutas tipificadas no art. 21 e as hipóteses previstas no art. 20. Do que se deduz que poderá ocorrer uma conduta tipificada no art. 21, sem que se considere infração à ordem econômica, porque não se caracterizou a hipótese prevista no art. 20.

Em terceiro lugar, a descrição feita pelo legislador é constituída como integrante de tipos de infração, ou seja, o legislador converte aquelas descrições feitas nos incisos em infrações.<sup>49</sup>

## 6 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PENAIS E A LEI N. 8.884

### 6.1 Das várias incompatibilidades

A doutrina, com algumas exceções, tem afirmado que a Lei n. 8.884/94 possui natureza jurídica de Direito Penal Econômico e que, por conseguinte,

49 FONSECA, João Bosco Leopoldino da, *op. cit.*, p. 98.

sua interpretação e aplicação estariam submetidas aos princípios do Direito Penal.<sup>50</sup>

Devido a este posicionamento surge a necessidade de se fazer uma análise crítica da suposta compatibilidade da Lei n. 8.884 com os princípios da legalidade, da culpabilidade, do juízo natural, da presunção da inocência, da não auto-incriminação e da não-responsabilidade penal da pessoa jurídica.

### 6.2 Princípio da legalidade ou da reserva legal e os arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94

Ao cuidar da tipificação das infrações à ordem econômica, valeu-se o legislador de cláusulas gerais, isto é, de um “modelo aberto de infração”,<sup>51</sup> além de fazer uso da analogia, caracterizada pela expressão “além de outras” contida no art. 21.

Todavia, se a referida lei possui natureza penal econômica, como conciliar dispositivos legais que caracterizam infrações de modo indeterminado, vago e genérico<sup>52</sup> com o princípio da legalidade ou da reserva legal? Será que este princípio apresenta particularidades no âmbito da aplicação do Direito Penal Econômico, a ponto de permitir o emprego de tipos vagos e genéricos? A respeito dessa questão José Frederico Marques explica que “nos domínios do direito penal econômico, o princípio da legalidade dos crimes e das penas apresenta aspectos peculiares que ainda o tornam mais rigoroso e rígido em sua aplicação”.<sup>53</sup>

Como se vê, não há como conciliar os arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 com o princípio da legalidade ou da reserva legal.

50 Cretella Júnior assevera: “Assentada a natureza jurídica da legislação, decorre daí, como visto, a incidência dos princípios gerais aplicáveis ao Direito Penal Comum, do qual o Direito Penal Econômico é um ramo (*Comentários a lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, p. 13.) O mesmo autor em outra passagem sustenta que “a lei a que se refere o § 4º do art. 173, reprimindo o abuso do poder econômico, é lei penal”. (*Comentários à Constituição – 1988*. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, p. 4.026.) Franceschini possui idêntico posicionamento. (*Op. cit.*)

51 FRONTINI, Paulo Salvador. Caracterização de condutas à ordem econômica – Notas sobre a nova Lei Antitruste. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. RT, n. 96, p. 105.

52 Para Cernicchiaro “a descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada na lei (*op. cit.*, p. 20).

53 MARQUES, José Frederico. Abuso do poder econômico. *Revista Forense*. n.215, p. 49.

### 6.3 Princípio da culpabilidade e o art. 20 da Lei n. 8.884/94

O art. 20, ao utilizar a expressão *independentemente de culpa*, emprega a técnica da impessoalidade do injusto, ou seja, consagra a responsabilidade objetiva. Por outro lado, sabe-se que a pessoalidade do injusto ou a responsabilidade subjetiva é um dos princípios basilares do Direito Penal.<sup>54</sup> Ora, se a lei de proteção da concorrência está subordinada aos princípios fundamentais de direito penal, como é que se explica a punição dos infratores econômicos sem a presença do elemento subjetivo do injusto?<sup>55</sup>

Indaga-se, ainda, sobre como conciliar o preceito legal retrocitado com o moderno entendimento da dogmática penal de que a ausência de dolo e de culpa do injusto penal “torna atípica a conduta que cause lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pelo direito penal”.<sup>56</sup>

Segundo Luiz Flávio Gomes,

“desde o momento em que Hans Welzel [...] sustentou que o dolo e a culpa não integram a culpabilidade senão o fato típico, temos que concluir que só existem duas formas de tipicidade no Direito Penal: dolosa ou culposa. Admitir a responsabilidade penal objetiva significa, nesse sentido, violar o próprio princípio da tipicidade”.<sup>57</sup>

54 Ensina Cernicchiaro que “o princípio da responsabilidade pessoal é outra conquista do Direito Penal Liberal. Constatou a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, reeditado também na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948. Esse princípio representa lenta e penosa conquista política. Acompanha as etapas de evolução do Direito Penal” (*op. cit.*, p. 89-90). Na lição de Zaffaroni: “Mera responsabilidade de fato, prescindindo do subjetivo, parece nunca haver sido conhecida, mas no Direito contemporâneo tal conceito seria totalmente insuportável. Do instante em que o legislador reprova um indivíduo, por sua conduta, é porque lhe reconhece o caráter de ente responsável (pessoa) e fica vinculado, por isso, à estrutura lógico-objetiva ou lógica real.” (*Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 525.)

55 A respeito dessa questão, Cernicchiaro manifesta que “a conjugação dos princípios da reserva legal e da responsabilidade pessoal fornece subsídio para demonstrar que a Constituição repele a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva [...] conseqüência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva”. (*Op. cit.*, p. 94-95.)

56 SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio de legalidade no moderno direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, n.14, p. 192.

57 GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 248.

#### 6.4 O Cade e o princípio do juiz natural

Se for a Lei n. 8.884/94 realmente de natureza penal, como explicar o fato de o Cade, um órgão do Poder Executivo, ter competência para aplicar sanções penais?<sup>58</sup> “Pois é óbvio que o único Poder constitucional competente para declarar o Direito e de julgar se houve crime ou não é o Poder Judiciário.”<sup>59</sup>

A esse respeito, aduz Rui Stoco:

“Se realmente se tratasse de estatuto de natureza penal o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade não poderia aplicá-lo, nem teria atuação válida. Isto porque se trata de mero Conselho Administrativo, isto é, foram-lhe cometidas atribuições apenas administrativas e não jurisdicionais. O único instrumento processual de que pode se valer para o atingimento de seu desiderato é o processo administrativo.”<sup>60</sup>

#### 6.5 O princípio da presunção da inocência e os arts. 23, 24, 26 e 34 da Lei n. 8.884/94

Analisando o princípio da presunção da inocência, o Ministro Luís Vicente Cernicchiaro afirma:

“Se o *status* de condenado começasse antes do término do processo, o contraditório e a defesa plena seriam postergados, cedendo espaço a presunções

58 Rui Stoco afirma que “ao Cade não compete propriamente a imposição de penas com absoluta autonomia, tanto que a lei lhe comete apenas requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões” (art.7º, XIII). Abuso do poder econômico e sua repressão – Mecanismos penais e administrativos (*Op. cit.*, p. 220).

59 SEHN, Paulo Rogério. Observações sobre o direito penal tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 7, p. 205. Rui Stoco assinala que “ao Cade, como órgão da administração indireta do Estado, afeto ao Poder Executivo e subordinado ao Ministério da Justiça, não foi e não poderia ser cometida a jurisdição, ou o chamado poder jurisdicional, privativo dos membros do Poder Judiciário”. (*Op. cit.*, p. 220.)

60 STOCO, Rui, *op. cit.*, p. 221.

que não encontram guarida na Constituição [...] em consequência, a pena e a medida de segurança somente podem ser impostas depois da definição, insista-se, com o trânsito em julgado de sentença, da infração penal ou da inimputabilidade [...] enquanto inexistente o *status* de condenado, registrou-se, não se aplicam penas nem medida de segurança.”<sup>61</sup>

Com base em tal explicação é fácil perceber que somente por meio de um processo penal se torna possível a aplicação de alguma sanção penal. Contudo, se a Lei n. 8.884/94 possui natureza penal, pode-se questionar a constitucionalidade dos seus arts. 23 e 24,<sup>62</sup> os quais prevêem a aplicação de penas por meio de um processo administrativo.<sup>63</sup>

Explica Cernicchiaro:

“O processo é necessário para ser imposta a pena. Projeta-se, diga-se, uma das distinções da sanção penal. Jamais será antecedida do processo. Situação diferente ocorre em outras áreas do Direito. A sanção fiscal e a multa por infração da lei de trânsito, ilustrativamente, são impostas antes de eventual processo.”<sup>64</sup>

61 CERNICCHIARO, Luís Vicente, *op. cit.*, p. 111.

62 Art. 23: “A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis as seguintes penas:

I – no caso de empresa ...

II – no caso de administrador ...”

Art. 24: “Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: ...”

63 Zanobini aduz que “a aplicação da pena vem imposta pelos órgãos do Poder Judiciário, órgãos jurisdicionais por excelência; mas – o que mais conta – tal aplicação vem feita não através de um procedimento administrativo, mas através de um procedimento jurisdicional” (*Le sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca, 1924, *apud* OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, p. 30.)

64 CERNICCHIARO, Luís Vicente, *op. cit.*, p. 108.

Mais outros dois artigos maculam o princípio da presunção de inocência. Um é o art. 34,<sup>65</sup> que prevê a pena de confissão,<sup>66</sup> em relação a matéria de fato, para o representado revel. Ora, em sede penal não se admite a presunção de culpa em razão de o acusado ser revel, uma vez que a “inocência, até o momento da condenação, é a única presunção que se admite no processo penal [...] a presunção de inocência implica atribuir à acusação a incumbência de demonstrar, acima de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do réu, sem depender do que ele diga ou deixe de dizer”.<sup>67</sup>

Nesse sentido, ensina Luiz Flávio Gomes:

“Não pode haver presunção de dolo ou de culpa. Ambas precisam ser demonstradas, isto é, comprovadas dentro do ‘devido processo legal’. A quem acusa impõe-se o ônus da prova (CPP, art. 156). A presunção que existe em direito penal (e que funciona como premissa geral impostergável) é a da inocência (ou da não-culpabilidade), que tem amparo no art. 5º, LVII, da CF (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória).”<sup>68</sup>

O outro é o art. 26, o qual prevê que a enganiosidade de informações ou de documentos solicitados pelos Cade, SDE e SPE constitui infração, sujeita a pena de multa. Ora, como é que fica tal dispositivo legal em face do princípio da presunção de inocência? Pois como assinala Hugo de Brito Machado,

65 Art. 34: “Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação.”

66 Não há espaço para pena de confissão no processo penal, pois este, ao contrário do processo civil, se funda na verdade real, e não na verdade formal. Nesse sentido, ensina Cernicchiaro que “o processo penal busca a verdade real, no que se distingue do processo civil; este se contenta com a verdade formal, de que é exemplo o art. 319 do Código de Processo Civil. Presume verdadeiros os fatos alegados pelo autor se não forem contestados. O processo penal trabalha com bem jurídico indisponível, enquanto, no processo civil, pode ocorrer a disponibilidade. Daí, a irrelevância de o réu formular defesa. O Estado designará defensor dativo” (*op. cit.*, p. 106). Sobre o tema Ada Pelegrini Grinnover sustenta que “o princípio da verdade material significa exatamente que inexistem, no processo penal, fatos que possam tornar-se incontroversos; a prova é indisponível e o juiz deve pesquisá-la acima da aquiescência das partes”. (ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. v. 20, p. 6, verbete: Interrogatório do réu.) Diante do exposto, é fácil de concluir que caso a Lei n. 8.884/94 possua a natureza penal-econômica, o art. 26 será absolutamente inaplicável.

67 MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Omissão de rendimentos presumidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, p. 226.

68 GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 249.

“Em face dessa garantia, é razoável sustentar-se que se presume sejam corretas, até prova em contrário, as informações prestadas pelo contribuinte do fisco. Não poderia, assim, exigir do contribuinte qualquer comprovação do que informa, ou declara, porque, como informa, ou declara, sob as penas da lei, não se poderia presumir estivesse praticando crimes.”<sup>69</sup>

#### 6.6 O princípio da não auto-incriminação e o art. 26 da Lei n. 8.884/94

Reza o art. 26:

“A recusa, omissão, enganiosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade., SDE, SPE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIRs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.”

Este preceito legal prevê imposição de penalidades para quem não atender, de maneira idônea, as requisições de documentos e informações exigidas pelos arts. 7º, IX,<sup>70</sup> e 14, II e V<sup>71</sup>, da Lei n. 8.884/94. Melhor explicando: a citada lei exige e determina que a pessoa física ou jurídica, que supostamente esteja praticando alguma infração à ordem econômica, entregue ao Cade, SDE, SPE documentos e informações que podem formar prova daquela infração.

Pois bem, sendo a Lei n. 8.884/94 de caráter penal, as imposições de prestar informações e fornecer documentos não se sustentam em face do princípio da não auto-incriminação, o qual garante que “ninguém pode ser acusado ou condenado pelo que deixou de falar ou deixou de provar”.<sup>72</sup>

69 MACHADO, Hugo de Brito, *op. cit.*, p. 46. Apesar de a citação fazer referência a processo administrativo tributário, o presente exemplo é pertinente em relação ao processo administrativo econômico que é feito perante ao Cade.

70 Art. 7º, inciso IX: “Compete ao plenário do Cade: requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções.”

71 Art. 14, incisos II e V: “Compete à SDE: [...] requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo quando for caso. Requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções.”

72 MALHEIROS FILHO, Arnaldo, *op. cit.*, p. 226.

Tratando do tema, assevera Hugo Brito de Machado:

“Garante a Constituição Federal o direito ao silêncio. E a doutrina tem sustentado em favor dos acusados o direito de mentir. Segundo Pinto Ferreira, o acusado tem o direito de não se auto-incriminar, pois o direito que tem de não dizer a verdade é um direito, já reconhecido por Montesquieu, à *la defense naturelle*”<sup>73</sup> [...] Fica difícil, assim, de se justificar esteja o contribuinte obrigado a prestar informações e fornecer documentos, que possam afinal constituir prova de cometimento criminoso.”<sup>74</sup>

Nesse sentido, também, uma das recomendações do *XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal* sobre “o conceito e princípios fundamentais de Direito Penal Econômico e da Empresa:

“*No obstante las peculiaridades del Derecho Penal Económico y de la Empresa deberían aplicarse los principios generales del Derecho Penal, especialmente aquellos que protegen los derechos humanos. No debería trasladarse la carga probatoria al acusado*”.<sup>75</sup>

#### 6.7 O art. 15 e o princípio da não-responsabilidade penal da pessoa jurídica

Diz o art. 15:

“Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

Será que a Lei n. 8.884/94, por ter natureza de Direito Penal Econômico, poderia ter excepcionado o princípio *societas non delinquere potest*? Luiz Vicente Cernicchiaro, Ministro do STJ, afirma que não, pois, segundo ele,

73 FILHO, Arnaldo Malheiros, *op. cit.*, p. 226. Ainda nesse sentido Rogério Lauria Tucci preleciona que “consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na lei das leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem”. É que “tendo sido consagrado constitucionalmente, em nosso País, o direito do imputado de permanecer calado, nenhuma ilação dele poderá ser tirada”. (Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, p. 396.)

74 MACHADO, Hugo de Brito, *op. cit.*, p. 113.

75 *Apud* TIEDMANN, Klaus, *op. cit.*, p. 183-184.

“no Brasil, a responsabilidade penal (imperativo da Constituição da República) é pessoal. Consagra-se o princípio da responsabilidade (art. 5º, XLV).<sup>76</sup> A sanção penal [...] está vinculada à responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV). Hoje, ela é insuperável.

A Constituição brasileira, portanto, não afirma a responsabilidade penal de pessoa jurídica, na esteira das congêneres contemporâneas”.<sup>77</sup>

#### 7 A LEI N. 8.884/94: UM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE OU DE DESCRIMINALIZAÇÃO

Como demonstrado ao longo do presente trabalho, são tantas e tão absurdas as incompatibilidades da Lei n. 8.884/94 com os princípios constitucionais fundamentais do Direito Penal, que somente duas opções são dadas ao intérprete dessa lei. A primeira é a de se considerar que a Lei n. 8.884/94 possui natureza penal econômica, o que levaria a concluir pela sua inconstitucionalidade.<sup>78</sup> A

76 CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal Tributário – Observações da Teoria geral do direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 11. p. 181.

77 Sobre o emprego do termo descriminalização, Luiz Flávio Gomes explica: “Descriminalização ou discriminação? Quem, de maneira muito apropriada, cuidou dessa questão recentemente (*Folha de S. Paulo* de 24/7/95, p. 3-2) foi Josué Machado, que procurou acentuar desde logo que nossos dicionários não registram a palavra *descriminalizar*. Criminar, bem salientou o articulista, apoiando-se em Caldas Aulete, significa “imputar” um crime a, considerar como criminoso”. Criminalizar, consiste em “resolver que constitui ora avante crime determinado ato só considerado infração ou delito até então. Tornar criminal”. Descriminar “é palavra formada pelo prefixo latino “des” + “criminare” (acusar) e, convém repetir, significa absolver, tirar a culpa a, inocentar, absolver da acusação de crime.” [...] a palavra não está “dicionarizada”. Mas é inegável “que deveria existir descriminalizar”, como conclui Josué Machado, com o sentido específico de “resolver que de agora em diante não mais constitui crime ato até então considerado como tal”... descriminalizar não existe por falha dos sábios lexicógrafos, mas deveria existir como antônimo de criminalizar. Em suma, não é por causa de uma falha lexicográfica que vamos deixar de empregar a palavra correta”. (CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. São Paulo: RT, Trad. da 2. ed. espanhola, notas de GOMES, Luiz Flávio, p. 77-78.)

78 Convém perquirir se a inconstitucionalidade da Lei n. 8.884/94 seria total ou parcial. A respeito Celso Ribeiro Bastos ensina que “a inconstitucionalidade total difere da parcial no sentido de que no primeiro ela recobre toda a lei, nada lhe sendo aproveitável. Na parcial, inversamente, o vício afeta apenas uma parte da norma ou mesmo tão-somente uma ou algumas das normas embutidas em um diploma maior que comporte a eliminação da parte viciada sem denaturação da restante”. (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. V, p. 372). Em nossa opinião a inconstitucionalidade da Lei n. 8.884/94 seria total, pois as normas atingidas pelo vício de inconstitucionalidade são as principais, isto é, as que dão suporte e viabilizam a aplicação da citada lei.

segunda é a de interpretar a Lei n. 8.884/94 não mais como diploma legal de cunho penal econômico, mas sim como de natureza administrativo-econômica,<sup>79</sup> o que permitiria inferir pela sua descriminalização.<sup>80</sup>

Em nossa opinião, a melhor interpretação da Lei n. 8.884/94, e que estaria em conformidade com a Constituição, é a de que o legislador optou por descriminalizá-la,

79 Administrativa porque o principal órgão encarregado de interpretar e aplicar a Lei n. 8.884/94 é o Cade, uma entidade da administração indireta. E econômica porque as normas de proteção à concorrência pertencem ao Direito Econômico. No sentido de que a lei de proteção da concorrência filia-se ao Direito Econômico, ver: VAZ, Izabel (*op. cit.*), e SOUZA, Washington Peluso Albino de (*op. cit.*). Contrário a esse entendimento ver: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (*op. cit.*). Com o devido respeito, cabe aqui formular uma crítica à tese do ilustre advogado Franceschini e do eminente Prof. Cretella Júnior. Segundo eles, a Lei n. 8.884/94 possui natureza penal-econômica, daí ser-lhe aplicáveis os princípios do Direito Penal comum: da legalidade, tipicidade, vedação da analogia *in malam partem*, culpabilidade. Todavia, esquecem o eminentes juristas de fazer referências a outros importantes princípios penais (juiz natural, não auto-incriminação, presunção da inocência, da irresponsabilidade penal), os quais, também, não só podem, mas devem ser aplicados na exegese da citada lei. A pertinência dessa crítica reside no fato de que à aplicação daqueles princípios – omitidos por Franceschini e Cretella Júnior – é totalmente incompatível com a lei de proteção da concorrência, caso esta seja considerada como um diploma penal-econômico. Já o mesmo não acontece, se a referida lei for filiada aos princípios do Direito Econômico.

80 Para Louk Hulsman, descriminalização “é o ato e a atividade pelos quais um comportamento, em relação ao qual o sistema tem competência para aplicar sanções, é colocado fora da competência desse sistema. (Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, v. 9-10, p. 7.) Em relação à Lei n. 8.884/94, o que ocorreu foi uma descriminalização substitutiva, ou seja, as condutas contrárias à lei de proteção da concorrência deixaram de constituir um ilícito penal, para se transformarem num ilícito econômico. Salienta Raúl Cervini que esse tipo de descriminalização não elimina toda a ilicitude do fato, pois “embora o comportamento perca a antijuridicidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável”. (*Op. cit.*, p. 73.)

A respeito do caráter não-penal da Lei n. 8.884/94, Rui Stoco afirma que “a Lei n. 8.884/94, sob comentário, tem natureza meramente administrativa. Regula esta última a repressão ao abuso do poder econômico sob esse único enfoque, enquanto outras leis, de natureza penal, impõem penas desta natureza, inclusive restritivas de liberdade” (*op. cit.*, p. 218). Para Luiz Flávio Gomes “a Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), segundo o nosso ponto de vista descriminalizou várias condutas (antes previstas na Lei 8.137/90, transformando-as em infrações administrativas”. (*Op. cit.*, p. 251). Também nesse sentido Frontini, Paulo Salvador. (*op. cit.*, p. 105 *et seq.*). Contrário a esse posicionamento. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (*op. cit.*) e CRETELLA JÚNIOR, José (*op. cit.*).

ou seja, não consagrou a tese de que a proteção da concorrência é matéria afeta ao Direito Penal Econômico. Esse nosso entendimento se funda em vários argumentos:

a) seria o legislador tão incapacitado e ingênuo<sup>81</sup> a ponto de formular uma lei com inconstitucionalidades tão gritantes?

b) a Lei n. 8.884/94 teria sua aplicação totalmente inviabilizada na hipótese de ser considerada de natureza penal econômica, posto que vários dos seus preceitos legais<sup>82</sup> – tidos como mais importantes – seriam declarados inconstitucionais;

c) a natureza penal econômica da lei leva a duas interpretações ilógicas e desarrazoáveis: ou se considera constitucional uma lei que viola os princípios fundamentais do Direito Penal, ou se entende como inconstitucionais vários dispositivos da citada lei, a ponto de impedir a sua aplicação. De um modo ou de outro, estará o intérprete “deixando de aplicar a regra de hermenêutica que manda descartar a exegese que conduza ao inexplicável, ao absurdo”.<sup>83</sup>

d) a idéia de descriminalização da Lei n. 8.884/94 é a que mais se harmoniza com a Constituição,<sup>84</sup> pois, além de não haver ofensa a princípios constitucionais, esta interpretação possibilita, ainda, efetivar o art. 173, § 4º, da Lei Maior.<sup>85</sup>

81 Além de demonstrar toda sua incapacidade em formular uma lei, o legislador estaria a desrespeitar o princípio da idoneidade, o qual “impõe que o legislador só criminalize determinado comportamento após certificar-se, através de investigações empíricas, acerca de sua utilidade e eficácia para o alcance da proteção que objective”. (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*, número especial de lançamento, p. 82-83.)

82 Artigos incompatíveis com os princípios constitucionais fundamentais analisados no presente estudo: 7º, II, IX; 14, II, V, XI; 15, *caput*; 20, *caput*; 21; 23, I e II; 24, I, II, III, IV, V; 25; 26; 27; 34; 35; etc.

83 GRINNOVER, Ada Pellegrini. (*O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 256).

84 Celso Ribeiro de Bastos ao comentar o princípio da interpretação conforme a Constituição revela que, “se por via da interpretação pode chegar-se a vários sentidos para a mesma norma, é muito compreensível – uma vez que colabora de forma decisiva para a economia legislativa – que se venha a adotar como válida a interpretação que se compatibilize a norma com a Constituição. Temos, pois, por força deste princípio de interpretação conforme a Constituição, que se deve, dentro do possível, elasticar ou restringir a norma de modo a torná-la harmônica com a Lei Maior. Na verdade, esta interpretação conforme a Constituição vai além da escolha entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, para distender-se até o limite da inconstitucionalidade. Aqui tenta-se encontrar, neste espaço, um sentido que, embora não o mais evidente, seja aquele sem o qual não há como ter-se a lei compatibilizada com a Constituição. Grifo nosso. (*Op. cit.*, p. 351.)

85 Art. 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

e) a Lei n. 8.884/94 não se harmoniza com alguns dos mais fundamentais princípios do Direito Penal; há uma total incompatibilidade, o que leva a crer que essa lei está fora do ramo penal. A esse respeito, assevera Luiz Vicente Cernicchiaro:

“Um setor jurídico não se forma apenas pelo trabalho do legislador. Caracteriza-se, isso sim, pelo complexo de princípios. Evidente a lei a eles se adapta. Antes de tudo, deve haver compatibilidade entre tais princípios e o texto legal. Evidenciada a incompatibilidade, a consequência será o deslocamento da lei para outra área jurídica.”<sup>86</sup>

## 8 O POSICIONAMENTO DO STF

A Lei n. 8.884/94 já foi objeto de apreciação do STF, em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.094.8, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, ao fundamento de serem inconstitucionais<sup>87</sup> os arts. 20, 21, XXI e parágrafo único; 23, I; 55, 64, 65 e 66.

No que pertine aos arts. 20 e 21, o relator Ministro Carlos Velloso, acompanhado de modo unânime pelo demais ministros, decidiu:

“A Lei n. 8.884/94, de 11/6/94, art. 20, estabelece que ‘constituem infrações da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qual forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam 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’. Sustenta-se, então, que seria inconstitucional o citado dispositivo, porque estaria a consagrar a responsabilidade objetiva. A inconstitucionalidade estaria, portanto, na cláusula, *independentemente de culpa*.”

86 CERNICCHIARO. Direito penal tributário – Observações de aspectos da teoria geral do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.11, p.182.

87 No presente trabalho só analisaremos o julgamento referente aos arts. 20 e 21, posto que os demais preceitos não interessam ao estudo ora formulado.

Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no § 4º do art. 173, dispõe 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’.

Posta assim a questão, não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dado que tais objetivos cerceiam, limitam, ou de qualquer forma prejudicam a livre concorrência que constitui princípio da ordem econômica (CF, art. 170, IV), livre iniciativa que é fundamento desta (CF, art. 170, *caput*). A arguição de inconstitucionalidade não me parece, portanto, pelo menos ao primeiro exame, relevante, a ponto de autorizar a suspensão cautelar do dispositivo legal impugnado.

Indefiro, portanto, no ponto, a cautelar.

II)

Sustenta-se, também, a inconstitucionalidade do art. 21, inciso XXIV, e respectivo parágrafo único.

Não vejo, também aí, relevância na arguição.

É que o citado dispositivo legal há de ser interpretado em consonância com o art. 20, dado que a este o art. 21 reporta-se, expressamente, dispondo que as condutas a seguir enumeradas nos incisos I a XXIV caracterizam infração da ordem econômica, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. Correta, portanto, a exposição que acompanha as informações, quando registra:

‘.....  
Não há falar em abuso do poder econômico fora da concorrência. Por óbvio, impor preços excessivos ou aumentar, sem justa causa o preço do bem ou

serviço não há de ser punível, em qualquer circunstância, se não produzir os efeitos a que se referem os incisos do art. 20 e podem ser sintetizados em um só: causar efeitos danosos à livre concorrência. Embora seja um ilícito administrativo de tipologia aberta, sua conceituação considera leis do mercado: só é justificado o aumento excessivo de preço que encontre correspondência na variação a maior dos custos nos respectivos insumos ou decorrente da introdução de melhorias de qualidade'. (f. 94) Indefiro, no ponto, a cautelar."

Como se viu, em sede de apreciação liminar, nenhum dos ministros do STF vislumbrou qualquer inconstitucionalidade<sup>88</sup> nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94. Diante disso, pode-se inferir que a referida lei não foi por eles considerada como de natureza penal econômica, pois se o fosse, não restaria dúvida de que diante de uma violação tão *aberrante* aos princípios da culpabilidade e da legalidade, teria o STF concedido a liminar para suspender a eficácia dos artigos supracitados até a decisão final da ação.

88 Contrário ao entendimento do STF, temos Luiz Flávio Gomes, o qual, mesmo considerando que a Lei n. 8.884/94 foi descriminalizada, sustenta que a responsabilidade objetiva não deve encontrar espaço nas infrações econômicas, sob pena de inconstitucionalidade. Segundo ele, "a diferença entre as sanções "penais" e "administrativas" são puramente formais. Ontologicamente estampam semelhantes, senão identidade total. A ofensa ao "bem jurídico tutelado" é a mesma. Uma mesma conduta pode ser "crime" ou "mera infração administrativa". É uma pura questão de "opção legislativa". Com frequência, de outro lado, ocorre neste âmbito o fenômeno da "emigração" da figura típica. Ora está tipificada como "crime", ora como "infração administrativa." Para ficar com um recente exemplo, basta constatar o que se passou com a Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94): segundo o nosso ponto de vista descriminalizou várias condutas (antes previstas na Lei n. 8.137/90), transformando-as em meras infrações administrativas. Como a ofensa ao bem jurídico é a mesma, uma vez mais estamos diante do fenômeno da emigração. Exatamente porque não existe diferença ontológica entre crime e infração administrativa ou entre sanção penal e sanção administrativa é que irrefutavelmente temos que concluir: todas as garantias do Direito Penal devem valer para as infrações administrativas." A opinião sustentada por Luiz Flávio Gomes encontra grande respaldo na doutrina espanhola, pois a Constituição daquele país consagrou e estendeu às infrações administrativas as garantias constitucionais penais. (ver BACIGALUPO, Enrique. *Sanciones administrativas – Derecho español y comunitario*, Editorial Colex, 1991; ENTERRIA, García de & FERNÁNDEZ, Rámon. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti, São Paulo: RT, p. 875 et seq. Contra o posicionamento de Luiz Flávio Gomes e dos citados autores tem-se PUERTO, Montoro. *La infracción administrativa*. Barcelona: Nanta, 1965.)

## 9 CONCLUSÃO

1. O legislador brasileiro sempre teve a tendência de penalizar e lançar no Direito Penal qualquer ilícito, principalmente os que se referem à lei de proteção da concorrência.
2. O paradigma penal econômico da lei de proteção da concorrência sempre predominou na jurisprudência e doutrina brasileira.
3. O Direito Penal Econômico surgiu com o objetivo de proporcionar às normas de Direito Econômico maior efetividade e eficácia.
4. Não obstante o Direito Penal Econômico apresentar certas particularidades e especificidades em relação ao Direito Penal, não possui ele autonomia, estando, portanto, subordinado aos princípios penais fundamentais.
5. A Lei n. 8.884/94 é incompatível com os princípios básicos do Direito Penal Econômico, razão pela qual não possui natureza jurídica penal econômica.
6. A Lei n. 8.884/94 descriminalizou as infrações à proteção da concorrência.
7. O STF, ao não declarar a inconstitucionalidade dos art. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, deu mostras de que ela não constitui diploma penal econômico.
8. Com base no posicionamento do STF, pode-se afirmar que a Lei n. 8.884/94 regula ilícitos econômicos e não ilícitos penais.
9. O paradigma penal econômico não se sustenta em face das incompatibilidades da Lei n. 8884/94 com os princípios fundamentais do direito penal.

## 10 FONTES BIBLIOGRÁFICAS

- AFTÁLION, Enrique R. *Tratado de derecho penal especial*. Buenos Aires: Fedyc, v. I.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- . & SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ARIAS, Santiago Sabas. *Derecho penal económico o pecuniário. Estudios de Derecho*, v. 23, n.65. mar. 1994.
- AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. *ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito*, v. 67, p. 59-63, 1977.

- BARBOSA, Simões Joaquim. Riscos da atividade empresarial no âmbito penal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 91, p.42-57.
- BASTOS, Celso Ribeiro de & SILVA, Ives Gandra Martins de. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1988.
- BUJANDA, Fernando Sáinz de. *Hacienda y derecho*. Madrid, v. 2.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo: RT, 1995.
- . Direito penal tributário – Observações de aspectos da teoria geral do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p.175-183, jul./set./1995.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995.
- DERZI, Mizabel Abreu Machado. Da unidade do injusto no direito penal tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, p. 217-229.
- FERNANDEZ, Miguel Bajo. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas S.A.1978, apud Lopes, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. 1. ed. São Paulo: RT, 1993.
- FILHO, Arnaldo Malheiros. Omissão de rendimentos presumidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.15, p. 217-230.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. Comentários à lei antitruste. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. I.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 221-260.
- . Introdução ao direito da concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 21. p. 75-120.
- . *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FRONTINI, Paulo Salvador. Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica – Notas sobre a nova lei antitruste. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, n. 96, p. 105 -125.
- GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.11, p. 245-252.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*. São Paulo, v.9/10, p.7-26, jan./jun./1973.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Código de Processo Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- JÚNIOR AMARAL, Alberto. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- JÚNIOR CRETELLA, José. *Comentários à Constituição Federal – 1988*. Rio de Janeiro, v. VIII, 1988.
- JÚNIOR FARIA, César. Dos crimes contra a ordem tributária. São Paulo: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 4, p.115 - 121, jul./set./1993.
- JÚNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. Lei de proteção de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n.145, p.175-185, jul-dez. 1992.
- LEAL, João José. *Curso de direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. 1. ed. São Paulo: RT, 1993.
- MACHADO, Hugo de Brito. Conseqüências penais do inadimplemento de obrigações tributárias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 111-120. jan./mar./1995.
- MARQUES, José Frederico. Abuso do poder econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 215, p. 49-52.
- . In. SHIEBER Benjamin. Abusos do poder econômico. São Paulo: RT, 1966 (Prefácio).
- PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT,1973.
- RIGHI, Esteban. Los delitos que involucran a las empresas transnacionales y el principio societatis delinquere non potest. *Revista del Derecho Industrial*, n. 19, p. 36-56.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*. Belo Horizonte: Del Rey. 1993.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio da legalidade no moderno direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.14, p.199-206, abr./jun./1994.

- SEHN, Paulo Rogério. Observações sobre o direito penal tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 7. Ed. RT, p. 205.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Crimes de abuso de poder econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 693, p.315-327.1993.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 3ª. ed., São Paulo: LTR.
- STEFANI, G. & LEVASSEUR, G. *Droit pénal général*. Cinquième édition. Paris: Dalloz. 1971, *apud*. Vaz, Izabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.11, p. 208-230.
- TAVARES, Juarez. Critério de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número especial de lançamento.
- TIEDMAN, Klaus. *Poder económico y delito*. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. Traducción de Amélia Mantilla. Barcelona: Ariel, 1985.
- . Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 21-35.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- ZAFARONI, Raul Eugenio. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.
- ZANOBINI. *Le sanzioni amministrativa*. Turim: Fratelli Boca, 1924, *apud* OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985.

## A FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA: REQUISITO DE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL E GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO\*

Luís Carlos Martins Alves Jr.\*\*

### Sumário

1. Introdução.
2. Separação dos Poderes e Medidas provisórias.
3. Medidas provisórias e decretos-leis.
4. Natureza da medida provisória.
5. Fundamentação da medida provisória.
6. Fontes bibliográficas.

*Persuada-se o príncipe que [...] a lei morta não pode dar vida à república; considere que as leis são os muros dela, e que se hoje se abriu uma brecha, por onde possa entrar um só homem, amanhã será tão larga que entre um exército inteiro.*

(Pe. Antônio Vieira)

### 1 INTRODUÇÃO

Dentre as inovações da Constituição de 1988, tem-se a Medida Provisória (art. 62), em substituição ao decreto-lei, que fazia parte da ordem constitucional

\* Tese aprovada no CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO, em Recife, Estado do Pernambuco, Brasil, realizado nos dias 22 a 24 de agosto de 1996.

\*\* Advogado; Doutorando e Monitor em Direito Constitucional da Pós-Graduação, UFMG; Pesquisador da Capes/CNPq.