

aprimoramento dessas escolhas poderá concorrer para a construção de um Direito que assegure a vivência dos valores sem as marcas da tragédia gerada pela dominação, na proteção das relações humanas com o que elas têm e podem ter de mais valioso.

POR UM NOVO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Alexandre Scigliano Valerio

Sumário

1. A taxionomia das normas de defesa da concorrência.
 - 1.1. Evolução histórica da legislação brasileira de defesa da concorrência.
 - 1.2. A doutrina e a taxionomia do Direito da Concorrência.
 - 1.3. A sanção penal e a sanção não-penal.
 - 1.4. Conclusão
2. Por um novo Direito da Concorrência no Brasil.
 - 2.1. Introdução: os pontos da reforma.
 - 2.2. A importância da concorrência.
 - 2.3. Os tipos de ilícitos concorrenenciais.
 - 2.4. A aceitação do caráter penal das normas de repressão às condutas anticoncorrenenciais e da aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas.
 - 2.4.1. A pessoa jurídica e a sanção penal.
 - 2.4.2. O princípio da tipicidade e a previsão legal das condutas anticoncorrenenciais.
 - 2.4.3. O ilícto penal e a culpa – A responsabilização penal das pessoas físicas responsáveis pela ação ou omissão anticoncorrencial das pessoas jurídicas.
 - 2.5. A apreciação obrigatória pelos juízes dos processos de apuração e repressão dos ilícitos penal-concorrenenciais e a manutenção, no caso dos ilícitos concorrenenciais de mercado, de apenas uma instituição administrativa, com função exclusivamente apuradora.
3. Questão final: o caráter não penal do controle das estruturas de mercado
4. Bibliografia

I A TAXIONOMIA DAS NORMAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1.1 Evolução histórica da legislação brasileira de defesa da concorrência¹

A primeira norma brasileira de defesa da concorrência foi constitucional. Trata-se do art. 117 da Constituição de 1934, o qual dispunha, *in verbis*:

“Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguros, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.”

O artigo sequer teve aplicação em virtude da curta duração da Carta de 1934, a qual foi, logo depois, substituída pela Constituição outorgada de 1937. Esta última foi bastante mais severa no intuito de regulamentar a prática que se desejava coibir, rezando que:

“Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.”

Como se vê, a Constituição de 1937 elevou os atos atentatórios à economia popular à categoria de crimes (“crimes contra o Estado”). Na esteira desse entendimento, foi promulgada a primeira lei infraconstitucional

¹ Iremos, mais tarde, definir o Direito da Concorrência. Por enquanto, trataremos das normas constitucionais e das *leis* infraconstitucionais que tratam *exclusivamente* do tema.

brasileira de defesa da concorrência, o Decreto-Lei n. 869/38, que dispunha sobre a definição e a repressão dos crimes contra a economia popular. Assinala a doutrina que o referido Diploma sequer foi posto em prática, mormente em função de não ter criado um órgão especializado com competência para executar a política proposta.²

A omissão só veio a ser sanada anos mais tarde, através do Decreto-Lei n. 7.666/45, que descriminalizou o tratamento conferido aos atos anticoncorrenciais e criou a Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência (CADE). Também o referido Diploma teve pouco tempo de vigência, uma vez que logo após foi promulgada uma nova Constituição, a de 1946, a qual operou uma mudança de enfoque legal: em lugar de proteger a “economia popular”, visava à “repressão aos abusos do poder econômico”:

“Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

A regulamentação desse dispositivo, a cargo do Projeto de Lei n. 122/48, demorou longo tempo para concretizar-se. Isso deu azo a que, não obstante a nova orientação constitucional, fosse promulgada em 1951 a Lei n. 1.521, a qual, mantendo o enfoque da Carta anterior, alterou os dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular, definindo crimes e contravenções a respeito do tema e estabelecendo a forma de seu julgamento.

² Tal tarefa foi atribuída ao Tribunal de Segurança Nacional.

O Projeto de Lei acima referido somente veio a transformar-se em lei em 1962, consolidando-se na Lei n. 4.137/62. À Lei n. 4.137/62 atribui-se o mérito de haver instituído o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dotando-o de instrumentos de controle eficazes e submetendo sua atuação a procedimentos específicos. A referida Lei manteve-se em vigor, com poucas alterações, durante a vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, as quais mantiveram a orientação no sentido da repressão aos abusos do poder econômico.

Com a promulgação da Constituição de 1988 teve início uma terceira fase na evolução da legislação brasileira de defesa da concorrência: o enfoque agora passa a ser a “livre concorrência”, erigido a princípio da Ordem Econômica.³

Já em 1990, por meio do Decreto n. 99.244, integrou-se à estrutura oficial de execução da política de defesa da concorrência a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), cujo poder interventivo não foi, à época, devidamente esclarecido.

O advento da Lei n. 8.137/90⁴ resgatou, mais uma vez, a opção pela criminalização dos atos lesivos à concorrência. Menos de uma mês após sua promulgação, entretanto, sob a alegação de reforçar o ordenamento vigente, foi editada a Lei n. 8.158/91, a qual recepcionou a Lei n. 4.137/62 e não fez referência expressa à Lei n. 8.137/90. Como consequência, instalou-se, no direito brasileiro, um confuso regime híbrido no que se refere às práticas anticoncorrenciais, de infração e de crime, o que acabou por dificultar sobremaneira a aplicabilidade do diploma no mundo dos fatos.

Ante a necessidade premente de se prover uma melhor tutela da concorrência, foi finalmente promulgada, em 1994, a Lei n. 8.884, ora em vigor, que converte o CADE em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a

³ Apud VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. p. 282-294.

⁴ A Lei n. 8.137/90 é dividida em quatro capítulos: no primeiro, são definidos os crimes contra a ordem tributária; no segundo, os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo; o terceiro dispõe sobre as multas e o quarto estabelece disposições gerais.

repressão das infrações contra a ordem econômica. A Lei n. 8.884, embora defina as competências do CADE e da Secretaria de Direito Econômico (SDE) – antiga SNDE –, não revogou expressamente o Capítulo II da Lei n. 8.137/90, tal como o fez com relação à Lei n. 8.158/90. Embora a opinião de alguns autores seja no sentido de que tais artigos encontram-se revogados,⁵ na prática, entretanto, eles continuam sendo aplicados.⁶

1.2 A doutrina e a taxionomia do Direito da Concorrência

Três são as correntes doutrinárias que tratam da taxionomia do Direito da Concorrência.⁷

A primeira o considera parte do *Direito Administrativo*, pelo fato de a atuação do Estado na defesa da livre concorrência caracterizar uma das modalidades do Poder de Polícia. Tal posição é refutada em virtude das origens históricas do Direito da Concorrência, que nunca foi considerado como tendo tal natureza, acrescentando-se ainda serem-lhe estranhos os atributos específicos do Poder de Polícia: a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

Outra posição defende a caracterização do Direito da Concorrência como *Direito Penal especial* ou *Direito Penal Econômico*, o que é sustentado pelo caráter criminal dado em muitas legislações às violações do direi-

⁵ É o que afirma, por exemplo, João Bosco Leopoldino da Fonseca: “Deveria o legislador ter incluído no rol das disposições legais revogadas também os arts. 4º, 5º, 6º, e 7º da Lei n. 8.137, de 27/12/1990, primeiro porque a matéria versada nestes artigos está toda ela disciplinada nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884, segundo porque definiu como crimes aquilo mesmo a que a presente lei antitruste configura e define muito mais apropriadamente como infrações” (*Lei de proteção da concorrência. Comentários à lei antitruste*, p. 198).

⁶ Delegacia Especializada de Crimes contra a Ordem Econômica em Belo Horizonte (informação verbal).

⁷ Baseamo-nos em Franceschini (Introdução ao direito da concorrência. *Revista de Direito Econômico*, v. 21, p. 75-85, out./dez. 1995) e em Isabel Vaz (*Direito econômico da concorrência*. p. 243-303).

to à livre concorrência, que visaria então cominar penas aos atos que prejudicassem ou ameaçassem prejudicar esse direito basilar do indivíduo e da sociedade. Contra tal posição alega-se o dinamismo das atividades econômicas, o que impossibilitaria a tipificação *a priori* de todas as condutas anticoncorrenciais possíveis. Além disso, sustenta-se que todas as disciplinas jurídicas se socorrem do Direito Penal para cominar sanções aos seus preceitos, e assim a configuração dos atos anticoncorrenciais como crimes não bastaria para inserir o Direito da Concorrência no Direito Penal.

Por derradeiro, há aqueles que sustentam sua inclusão no *Direito Econômico*, na medida em que suas normas consubstanciam a política econômica do Estado. A concorrência não seria um “valor-fim”, mas sim um “valor-meio” utilizado pelo Estado para garantir o abastecimento, a ampliação e o fortalecimento da indústria nacional, o constante desenvolvimento tecnológico e a proteção do consumidor. O Direito da Concorrência não se preocuparia somente em apurar e reprimir os abusos do poder econômico, mas também exigiria uma participação ativa dos agentes econômicos na construção de uma sociedade mais justa e desenvolvida. Tal posição é reforçada pela caracterização da livre concorrência como princípio constitucional (art. 170, IV da CF/88), *status* não conferido à repressão aos abusos do poder econômico (art. 173, § 4º do mesmo diploma), que configuraria então mero instrumento de efetivação daquele princípio-mor.

1.3 A sanção penal e a sanção não-penal

Nelson Hungria, referência obrigatória para o jurista brasileiro em qualquer tema de Direito Penal, assim define *crime*:

“*Sub specie juris*, e em sentido amplo, crime é o *ilícito penal*. Mais precisamente: é o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, impunível a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica.”⁸

tável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica.”⁸

Qual seria, por um lado, a diferença entre *ilícito penal* e *ilícito administrativo* e, por outro, entre *ilícito penal* e *ilícito civil*? A fim de melhor organizarmos as idéias, vejamos primeiro o que dizem os autores sobre a primeira distinção, para abordarmos, em seguida, a segunda.

Segundo Hungria, não haveria nenhuma distinção *ontológica* entre *ilícito penal* e *ilícito administrativo*. O renomado jurista pátrio cita a teoria de Goldschmidt, segundo a qual o *direito penal comum* visaria ao indivíduo como vontade ou personalidade autônoma, ao passo que o *direito penal administrativo* o encararia como membro ou elemento da sociedade, adstrito a cooperar com a administração pública. O *ilícito administrativo*, pois, consistiria na omissão do dever de auxiliar a administração. As normas de direito administrativo são, sob o ponto de vista do administrado, mais *ordens de serviço* do que *normas jurídicas*.

Hungria não concorda com tal ordem de idéias, rebatendo-a de maneira preciosa ao afirmar:

“Não há que falar-se em direito penal subjetivo da *administração*, em contraposição a um direito penal subjetivo da *justiça*, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não aos seus órgãos, cabe o *jus puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a desobediência contra estas é a essência, o *substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo.”⁹

8 Comentários ao Código Penal – Arts. 11 a 27, v. I, t. II, p. 9.

9 *Ibidem*, p. 38.

A diferença real entre *ilícito administrativo* e *ilícito penal* seria, pois, apenas uma diferença de grau:

“Qual a diferença, senão de grau, v.g., entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a *prevaricação*, entre uma infração sanitária e um *crime contra a saúde pública*, entre violações de posturas municipais e *contravenções penais*? ”¹⁰

Na mesma esteira, o juspenalista Júlio Fabbrini Mirabete:

“Não existe diferença de natureza ontológica entre *crime* (*ilícito penal*) e *ilícito civil*, pois ambos ferem o ordenamento jurídico. [...] A única diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil é meramente formal, ou seja, aquela estabelecida pela lei penal. Estabelece o legislador, através das figuras penais, quais os ilícitos que devem ser reprimidos através de sanções penais, prevendo-os como ilícito penais, enquanto os demais estarão sujeitos apenas às sanções civis (indemnização, restituição, multa civil, etc.), administrativas (suspensão e demissão de funcionário etc.), tributárias (multa tributária, acréscimos etc.) etc. Estes serão então os ilícitos civis, administrativos, tributários etc.”¹⁰

Já o grande administrativista Hely Lopes Meirelles afirma:

“Importa, ainda, distinguir o ato punitivo da Administração, que tem por base o *ilícito administrativo*, do ato punitivo do Estado, que apena o *ilícito criminal*. Aquele é medida de autotutela da Administração; este é medida de defesa social. Daí por que a punição administrativa compete a todos os órgãos da Administração – federal, estadual ou

10 *Manual de direito penal – Parte geral*, v. 1, p. 95.

municipal, suas autarquias e fundações – ao passo que a punição criminal é da competência legislativa privativa da União e só pode ser aplicada pela Justiça Penal do Poder Judiciário.”¹¹

José Cretella Júnior, em artigo especialmente dedicado ao tema, responde, por sua vez, da seguinte maneira à questão:

“Há diferença ontológica ou de natureza entre o ilícito administrativo e o ilícito penal? ...”

Depende da modalidade de ilícito administrativo. Porque, se o ilícito administrativo for ilícito puro, exaurindo-se na própria esfera do Poder Executivo, a diferença entre ele e o ilícito penal é ‘ontológica’ ou ‘de substância’, objeto que é do “direito administrativo disciplinar”; se se tratar, porém, de ilícito administrativo que transcende o próprio campo do Poder Executivo, para inserir-se no campo do direito penal, então, nesse caso, a diferença entre ambas as figuras é apenas de grau, diferença quantitativa, sendo o ilícito penal administrativo um minus, um grau a menos, em relação ao direito penal. [...]

O agente público que comete o ilícito administrativo puro é perigoso apenas internamente, porque compromete o bom andamento do serviço público, pondo em risco o prestígio da função pública.

O agente público que comete o ilícito administrativo penal é não só dotado de periculosidade externa, porque traz em si potencialidade danosa que se projetará sobre o cidadão comum, como também é dotado de periculosidade interna, porque traz em si potencialidade ruinosa que colocará em risco a própria Administração.”¹²

11 *Direito administrativo brasileiro*, p. 178.

12 Ilícito penal e ilícito administrativo. *Justitia*, v. 79, p. 144, 4º trim. 1972.

Vê-se, pois, que a questão não foi, em verdade, respondida. As teses dos jusadministrativistas são falhas, se atentarmos às críticas formuladas por Hungria à teoria de Goldschmidt. Mesmo o raciocínio de Cretella Júnior, ao fazer uma interessante distinção entre *ilícito administrativo puro*, de um lado, e *ilícito administrativo penal* e *ilícito penal*, de outro, não convence: é *agente público* somente o *servidor público* sujeito ao estatuto próprio ou o são também, *exempli gratia*, o concessionário de serviço público, a testemunha processual (ainda que transitoriamente) e o advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.¹³ Quando estes três últimos praticarem uma infração, estarão eles atentando contra o bom funcionamento da Administração ou contra a sociedade? Ora, não é à toa que temos dificuldade em dar uma resposta: é que não há diferença real entre aqueles dois “óbjectos jurídicos”: se há a presença do Estado, então é porque existe um interesse público, não se devendo distinguir entre um interesse da Administração, por um lado, e um interesse da sociedade, por outro. Assim, também o *ilícito administrativo puro* não possui especificidade que justifique sua consideração como figura à parte.

Já o raciocínio desenvolvido pelo próprio Hungria – seguido por Mirabete – necessita de complementação. De fato, se o legislador decide proteger mais eficazmente determinados bens jurídicos, caracterizando as condutas que contra eles atentem ou ameacem atentar como *ilícitos penais*, então o que vem ser a *pena* em sentido estrito, ou, em outras palavras, o que vem a ser a *sanção penal*? Não logramos encontrar a resposta¹⁴.

Vejamos agora a distinção entre *ilícito penal* e *ilícito civil*. Aqui também merece destaque a exposição de Hungria, uma vez que ele nos brinda com diversas teorias. Atentemo-nos àquelas merecedoras de nossa atenção,

13 Entidade que a lei define como serviço público dotado de personalidade jurídica (cf. Lei n. 8.906/94, art. 44).

14 O volume II do *Comentários ao Código Penal*, que seria possivelmente o volume onde poderíamos encontrar a resposta, ficou a cargo do jurista Roberto Lyra, e não de Hungria.

bem como às críticas que se lhes faz o juspenalista brasileiro. Assim, para Stahl e Venezian, o *ilícito penal* seria aquele possuidor de uma *irreparabilidade potencial*. Não obstante, se o direito objetivo “deixa de fora da órbita penal grande número de fatos antijurídicos reparáveis, comina penas a outros que também o são (v.g., os crimes patrimoniais) e até mesmo a alguns que nenhum dano efetivamente ocasionam (crimes materialmente frustros, crimes formais ou de mero perigo, contravenções)¹⁵. Uma outra teoria, cujos autores não são identificados, afirma que o *ilícito penal* seria a violação do direito de obediência do Estado (violação de direitos subjetivos públicos), enquanto o *ilícito civil* apenas ofenderia direitos subjetivos privados. Entretanto, “há crimes que, além de negarem o direito de obediência do Estado, atacam direitos subjetivos privados (crimes patrimoniais, por exemplo)¹⁶. Já para Carrara, o *ilícito penal* seria identificado não só pela *irreparabilidade potencial*, mas também pelo *dano social*, a legitimar a *sanção penal*. Não obstante, “não se pode desconhecer que também o ilícito civil produz um dano social, resultante da violação de uma norma ditada no interesse da harmonia do convívio civil”¹⁷. Por fim, para Manzini, se o *ilícito* em geral é uma violação do *mínimo ético*, o *ilícito penal* é a violação do *mínimo do mínimo ético*, argumento ao qual se objeta pelo fato de haver “fatos não-imorais que, não obstante, o direito positivo define como crimes”¹⁸.

Conclui, assim, o consagrado jurista, no sentido de também não se poder afirmar a existência de uma distinção *ontológica* entre o injusto penal e o civil. O único critério possível é o

“critério relativo ou contingente, não fixável *a priori*, da suficiência ou insuficiência das sanções não-penais. Somente quando a sanção

15 HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 32.

16 *Ibidem*, p. 33.

17 *Ibidem*, p. 33.

18 *Ibidem*, p. 34.

civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinorma entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.”¹⁹

Adentrando agora na seara do Direito Civil, tomemos como exemplo a opinião de Caio Mário da Silva Pereira:

“Nesta análise cabe toda espécie de ilícito, seja civil, seja criminal. Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração a um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento desse, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato. Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido.”²⁰

A questão que se coloca aqui, por ocasião da distinção entre *ilícito penal* e *ilícito civil*, é a mesma que levantamos acima, por ocasião da distinção entre *ilícito penal* e *ilícito administrativo*: a definição de *sanção penal*.

Destarte, após termos realizado uma consulta a alguns doutrinadores de escol, sejam eles provindos do Direito Penal, do Direito Civil ou do

Direito Administrativo, podemos concluir que, surpreendentemente, nenhum deles é capaz de fornecer uma explicação satisfatória. Todos eles – com exceção de Cretella Júnior – são acordes em afirmar que não há diferença “ontológica” (a palavra é repetida quase que religiosamente) entre *ilícito penal*, *ilícito civil* e *ilícito administrativo*. Afiram, explícita ou implicitamente, que quando o legislador decide proteger mais eficazmente um determinado bem jurídico, impõe uma *sanção penal*. Ora, tal raciocínio, como vimos, não é completo, pois não se define o que seja esta última. No máximo, dão-se exemplos, cuja simples leitura nos enche de dúvidas: qual a diferença, como quer Mirabete, entre “multa penal”, “multa civil” e “multa administrativa”? Qual a diferença entre construir em desacordo com as posturas municipais e receber uma multa, caracterizando tal fato um *ilícito administrativo*, e a contravenção (*ilícito penal*) consistente em recusar à autoridade o fornecimento de dados sobre a própria identidade ou qualificação (art. 68 da LCP), infração à qual, aliás, também se comina multa?

Talvez os doutrinadores citados partam do pressuposto de que a figura do *ilícito penal* não é controvertida. Se o legislador tipifica determinado ato como crime ou contravenção, então o ilícito será penal. Se tal não ocorrer, o ilícito será administrativo, ou civil. De fato, tal explicação está em consonância com o motivo pelo qual estamos questionando o que seja *sanção penal*, qual seja, a ampla discussão doutrinária sobre a taxionomia do Direito da Concorrência e a alternância de enfoques legislativos ao longo da nossa história.

Não podemos aceitar que a situação assim permaneça. O Direito Penal moderno é cercado de garantias a fim de evitar a arbitrariedade, o abuso e a injustiça. Se coubesse ao Estado dizer quando um *ilícito* fosse penal ou não, isto subverteria toda uma gama de direitos fundamentais dos cidadãos, ampla e formalmente consagrados nos Estados Democráticos de Direito, tal como é o caso do nosso.

Acreditamos que a resposta para o que seja *sanção penal* nos é dada, embora indiretamente, por Roberto Lyra:

19 HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 34-35.

20 *Instituições de direito civil*, v. I, p. 452-453.

“Só na lei penal há punição propriamente dita. A expressão – punir – pertence somente ao direito penal. A sanção jurídica não penal será resarcimento do dano, nulidade, decadência, execução de ofício, restituição, etc.”²¹

E também por Caio Mário da Silva Pereira:

“...enquanto o direito penal vê no ilícito razão de *punir o agente*, o direito civil enxerga o fundamento da *reparação do dano*.²²”

Para nós, pois, a verdadeira natureza da *sanção penal* consiste no seu *caráter punitivo*. A *sanção penal* é cominada pelo legislador sempre que ele deseja aumentar os custos da prática de determinada conduta, evitando assim, de maneira mais categórica, a sua realização. De fato – e nisto consistiria a natureza da *sanção não-penal* – nem sempre a restituição das coisas ao estado anterior é suficiente para inibir a prática do ilícito (*não-penal*). Para tanto, impõe o legislador um custo extra, um *plus*, que é a *punição*.

Se esta nossa definição de *sanção penal* estiver correta, então ela não é a exceção, senão a regra. A simples restituição ao *statu quo ante* quase nunca será suficiente para inibir a prática de uma conduta juridicamente proibida. Por isto, quase sempre impõe o legislador *sanções penais* à transgressão de uma determinada norma jurídica. O próprio Nelson Hungria afirma:

“Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a *pena (stricto sensu)*. Praticamente, porém, seria isso uma demasia. O legislador é um opor-

21 Comentários ao Código Penal – Arts. 28 a 74, v. II, p. 50.

22 *Ibidem*, p. 453.

tunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato antijurídico não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarme coletivo, contenta-se ele com o aplicar mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forcada, *restitutio in pristinum*, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com *outros meios de reação*, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal).”²³

É de se observar que o conceito de *sanção penal* pode ser estendido, inclusive, às normas jurídicas elaboradas pelos particulares. Estes também, no afã de garantir a execução das obrigações que acordam, estipulam *sanções penais* para além da simples indenização (em sentido amplo). Daí que as multas pecuniárias freqüentemente previstas nos contratos são, de acordo com a nossa definição, também *sanções penais*.²⁴

A punição, pois, é a verdadeira nota característica da *sanção penal* e, por extensão, o elemento que especifica o *ilícito penal*.

1.4 Conclusão

Podemos concluir, pois, que ao menos doutrinariamente as normas que dispõem sobre a repressão das condutas anticoncorrenciais (não o inteiro ordenamento jurídico de defesa da concorrência, como veremos), à medida que cominam multas que visam punir o transgressor, apresentam um inegável caráter penal.

23 Comentários ao Código Penal – Arts. 28 a 74, v. II, p. 29-30.

24 Aquilo que se denomina *prisão civil*, isto é, prisão por dívidas, também seria uma *sanção penal*, mas uma *sanção penal condicionada*, já que o adimplemento restitui ao devedor a liberdade.

2 POR UM NOVO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

2.1 Introdução: os pontos da reforma

Muitas consequências advêm da consideração do caráter penal da Lei n. 8.884/94 no que se refere ao controle de condutas anticoncorrenciais.²⁵ Algumas delas foram explicitadas por Franceschini, que assim resume artigo de sua autoria:

“Examinados os princípios jurídicos aplicáveis ao tema, podem eles ser sumariados na forma abaixo.

[...]

f) a legislação de defesa da concorrência não retroage, exceto quando mais benéfica ao Representado;

g) a ação penal-econômica relativa aos fatos pretéritos ocorridos antes da vigência da atual Lei Antitruste era prescritível, na forma do art. 114 do Código Penal;

I) as leis de defesa da concorrência, por sua natureza repressiva, hão de ser interpretadas restritivamente;

m) as infrações à ordem econômica são delitos dolosos, de resultado e que contemplam um elemento subjetivo do injusto, cuja presença é indispensável à consumação;

n) a fraude é elemento imprescindível à responsabilidade empresarial solidária, sob pena de constitucionalidade;

o) quando o abuso do poder econômico é provocado pelo Representante, que antecipa necessariamente sua consumação, não há delito possível;”²⁶

²⁵ Uma vez que não há diferença entre *ilícito administrativo* e *ilícito penal*, somos pela efetiva revogação da Lei n. 8.137/90. Não pode o ordenamento jurídico dispor de duas maneiras sobre o mesmo *ilícito*, penal ou não-penal. O fundamento jurídico é, realmente, o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

²⁶ Introdução ao direito da concorrência. *Revista de Direito Econômico*, v. 21, p. 75-119, out./dez. 95.

Outras possibilidades entrevemos. Devemos aceitar, tendo em vista os princípios doutrinários de Direito Penal e as garantias constitucionais, a vigência do art. 34 da referida Lei, segundo o qual “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”? É possível, com base nos mesmos fundamentos, rechaçarmos a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, tal como quer o art. 83? Não deveria o Ministério Públco ser o responsável pela instauração do processo de apuração de infração à ordem econômica quando tal se der *ex officio* (art. 129, VIII da CF)?

São questões bastante complexas e profundas, das quais não trataremos aqui. Tencionamos, ao revés, lançar algumas propostas de reforma do ordenamento jurídico brasileiro de defesa da concorrência. É de nossa opinião que, tendo em vista o valor *social* fundamental que é a concorrência, o Estado deve adotar as seguintes medidas, a fim de protegê-lo com *justiça e eficiência*:

- A legislação brasileira deve ter uma visão unitária dos *ilícitos concorrenciais*, reconhecendo que eles podem ser praticados através de mecanismos de mercado ou não. No primeiro caso (*ilícitos concorrenciais de mercado*), somente haverá conduta antijurídica se o infrator detiver *poder de mercado*. No segundo caso (*ilícitos concorrenciais extramercado*), trata-se dos crimes de dano, espionagem, sabotagem, etc., bem como, ainda, do *ato de concentração ilícito*. O ato de concentração merece considerações especiais. A instituição administrativa especializada na defesa da concorrência deve tratar somente dos *ilícitos concorrenciais de mercado* e dos atos de concentração, e a lei deve prever a tipificação de um *ilícito concorrencial extramercado* genérico, a fim de evitar que tais condutas fiquem sem receber sanção do ordenamento jurídico.

- A legislação brasileira deve reconhecer explicitamente o caráter penal das normas de repressão às condutas anticoncorrenciais e a aplicação de *sanções penais* às pessoas jurídicas que as praticam. Os argumentos que se

levantam contra tal entendimento não vingam. Além disso, em virtude do já citado caráter fundamental da concorrência, a lei deve punir severamente os *ilícitos penal-concorrenciais*. Isto seria feito, dentre outras maneiras: **a)** responsabilizando penalmente não somente a pessoa jurídica infratora, como também as pessoas físicas responsáveis pela ação ou omissão anticoncorrencial daquela; **b)** instituindo uma causa geral de aumento de pena para os *ilícitos penal-concorrenciais extramercado*, no caso de o elemento subjetivo do injusto que os caracteriza não configurar circunstância constitutiva do ilícito em particular.

• O processo de apuração e repressão dos *ilícitos penal-concorrenciais* deve ser levado a cabo por uma única instituição administrativa e deve incluir a apreciação obrigatória pelo Poder Judiciário, não diferindo substancialmente dos processos penais em geral.

Vejamos cada um destes pontos, iniciando por explicar o nosso pressuposto: a concorrência como valor *social* fundamental.

2.2 A importância da concorrência

Segundo Karl Marx, o *capitalismo* era (*sic*)

“...um sistema sob o qual a própria força de trabalho ‘se tornara uma mercadoria’ e era comprada e vendida no mercado como qualquer outro objeto de troca. Seu pré-requisito histórico era a concentração da propriedade dos meios de produção em mãos de uma classe, que consistia apenas numa pequena parte da sociedade, e o aparecimento consequente de uma classe destituída de propriedade, para a qual a venda de sua força de trabalho era a única fonte de subsistência.”²⁷

²⁷ Apud DOBB. *A evolução do capitalismo*, p. 7.

O que está por trás dessa definição? Notamos que dois elementos caracterizam o capitalismo: em primeiro lugar, a detenção por alguns dos meios de produção; em segundo, a formação de um *mercado de trabalho*, ou seja, a mão-de-obra é comprada e vendida de acordo com o preço determinado pela oferta e demanda. De fato, historicamente, desde há muito o *capital*²⁸ é comprado e vendido. No capitalismo, também o *trabalho* passa a sê-lo, fechando, assim, o círculo: todos os *bens de produção* são transacionados no mercado.

A Ciência Econômica atual traduz esses dois elementos do *capitalismo* ao falar em um sistema econômico – a *economia de mercado* – no qual:

- a) a propriedade dos meios de produção é privada;
- b) os três problemas econômicos básicos – o que, como e para quem produzir – são determinados pelo mercado²⁹.

Tendo em vista tais elementos definidores, podemos afirmar que o capitalismo é, por *natureza*, um sistema econômico *descentralizado*, à medida que nele se parte de uma situação inicial onde os meios de produção – e, por extensão, o *poder de produção* – estão dispersos em várias *empresas*.³⁰

Enquanto *sistema descentralizado* (e em que pese os seus conhecidos males) o capitalismo traz inúmeros benefícios. É que o *motivo-lucro*, isto é, a expectativa que o indivíduo proprietário dos meios de produção tem de

²⁸ Aqui no sentido de *bem de produção*: “Capital é o conjunto (estoque) de bens econômicos heterogêneos, tais como máquinas, instrumentos, fábricas, terras, matérias-primas, etc., capaz de reproduzir bens e serviços” (RIZZIERI. Introdução à economia. In: PINHO, VASCONCELLOS (Org.). *Manual de economia*. p. 23).

²⁹ RIZZIERI, Juarez Alexandre Bladini. *Op. cit.*, p. 29.

³⁰ Conforme definição por nós desenvolvida em outra oportunidade, *empresa* é toda unidade de produção de *bens econômicos* dotada de, ao menos, autonomia (*Análise econômica dos sistemas econômicos*; proposta de um sistema econômico para o presente. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1999, 59 p. (Monografia, Direito Econômico, IV)).

auferir ganho com sua atividade, faz com que o capitalista produza bens em quantidade e qualidade (a qualidade vista como relação custo/benefício, incluindo o preço). Quanto maior for, para o consumidor, a qualidade do produto ou do serviço ofertado pelo produtor, maior será a sua propensão a comprá-lo deste último em detrimento do seu concorrente, premiando assim o esforço do primeiro. Numa situação de descentralização, pois, e utilizando-nos da noção posneriana de eficiência,³¹ a *eficiência do capitalista*, isto é, a maximização da riqueza do *capitalista*, corresponde à *eficiência do consumidor*, ou seja, à maximização da riqueza do consumidor.

Entretanto, os *sistemas descentralizados* tendem *naturalmente à centralização*. A razão está em que o próprio *motivo-lucro* faz com que os *empresários* busquem a aquisição de *empresas rivais* a fim de se beneficiarem das inúmeras vantagens que daí podem advir, quais sejam:

- a) a ampliação do mercado de *insumo*, possibilitando a aquisição desse por um preço mais baixo;
- b) a diminuição dos gastos diretamente relacionados à *concorrência*;³²
- c) o aumento do mercado de *consumo*.

Tudo isso possibilita a produção de *bens econômicos* por um custo menor, o que implica, definitivamente, maior *eficiência capitalista*.

31 Segundo Richard Posner, um dos grandes mentores da Análise Econômica do Direito e líder da denominada Escola de Chicago, a *eficiência* é "... a alocação de recursos na qual o valor é maximizado" (*Economic analysis of law*, p. 13. Original inglês), sendo que o *valor* de uma coisa se traduz por "quanto alguém está disposto a pagar por ela ou, se ele já a possui, quanto dinheiro ele exige para transferi-la" (*ibidem*, p. 12. Original inglês), confundindo-se, pois, com *riqueza* (*ibidem*, p. 17).

32 Um dos exemplos principais desse tipo de gasto é o referente à *publicidade* (cf. PIGOU, *Socialism versus capitalism*, p. 39-40).

Mas, à medida que tais sistemas se tornem *centralizados*, podemos prever que não haverá mais correspondência entre *eficiência capitalista* e *eficiência do consumidor*. Numa situação de *centralização*, o *capitalista* que deter *poder de mercado*³³ irá maximizar sua satisfação diminuindo a qualidade e a quantidade do bem ofertado, em óbvio prejuízo do *consumidor*.

Nosso raciocínio demonstra, de maneira cristalina, a importância que a concorrência representa para o *bem-estar social*. A competição é essencial à medida que estimula os competidores a buscar a maior satisfação dos destinatários de seus bens. Quando a competição não mais existir, o abuso tenderá a se configurar.

Se aliarmos a tais considerações os fenômenos atuais da mundialização do capitalismo,³⁴ da predominância da ideologia neoliberal³⁵ em grande número de países e, consequentemente, da globalização econômica,³⁶ podemos entrever a necessidade premente de protegermos a concorrência. A tendência às fusões e aquisições, operações que envolvem cifras cada vez maiores, pode ser comprovada pelas notícias diárias na imprensa falada e

33 Segundo Paula A. Forgioni, o *poder de mercado* – ao qual ela prefere denominar *posição dominante* – é "o poder [...] que lhe assegura [ao agente] a possibilidade de atuar um comportamento (sic) independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado" (Posição dominante e seu abuso. *Revista de Direito Econômico*, v. 26, p. 109, ago./dez. 1997).

34 Expressão utilizada por Gérard Farjat para se referir à derrocada do bloco comunista e à consequente vigência do capitalismo em quase todo o globo (cf. FARJAT. *A noção de direito econômico*, p. 45-50).

35 Entendemos por *ideologia neoliberal* a ideologia que defende uma maior liberdade de atuação dos agentes econômicos privados.

36 A *globalização econômica* pode ser definida como o desenvolvimento acelerado e a um ritmo nunca antes visto do tráfico de bens, serviços, capitais e mão-de-obra entre os mercados nacionais (cf. CONSELHO EDITORIAL. Saiba como os teóricos interpretam o processo. *Folha de S. Paulo*, S. Paulo, 2 nov. 1997. Globalização/Caderno Especial, p. 5).

escrita.³⁷ Mais do que uma importância estática, pois, a concorrência possui uma importância dinâmica e crescente.

2.3 Os tipos de ilícitos concorrenciais

Em virtude do que dissemos acima, defendemos a idéia de que a quantidade de empresas atuando no mercado deve ser, desde já, um bem a ser protegido pelo direito. O interesse público exige a proteção imediata do número de concorrentes pelo Estado. Regra geral, somente a “conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores”, como muito bem afirma o § 1º do art. 20 da Lei n. 8.884/94, deve ser permitida.³⁸

37 A título exemplificativo, citamos os seguintes trechos de uma reportagem do *The Wall Street Journal Americas*, publicada no jornal *Estado de Minas*: "... o volume de fusões e aquisições na Europa está para superar o recorde de US\$ 513 bilhões atingido no ano passado. [...] Mas isso pode ser apenas o começo. Negociadores por todo lado estão convencidos de que a Europa está apenas às vésperas de uma onda de consolidações ainda maior e um possível mercado acionário pan-europeu tornando muito mais fáceis as operações financeiras que vão além das fronteiras nacionais. Paul Gibbs, analista de fusões do J. P. Morgan em Londres, observa que o valor dos negócios este ano corresponde a cerca de 20% do PIB nos EUA – mas apenas 8% na Europa. 'A Europa não fez metade do que os EUA fizeram', diz ele" (LIDAY, Jeffrey L. Euro deve causar onda de fusões. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 24 nov. 1998. Caderno Economia, p. 18).

38 Numa economia de mercado é natural que a maximização dos lucros buscada pelos agentes econômicos seja obtida via aumento da clientela em prejuízo para os competidores. Esse processo foi descrito pela Lei n. 8.884/94 da maneira acima citada (art. 20, § 1º). Ao menos como ponto de partida para uma maior discussão, propomos que a *eficiência* ali mencionada seja mais especificamente entendida como a produção de um maior valor para o consumidor por um custo menor. Observe-se que: a) "maior valor para o consumidor" é um dado subjetivo, isto é, não tem a ver com a real essencialidade do bem ou do serviço, podendo ser aumentado artificialmente; b) "custo menor" refere-se ao custo suportado pelo agente econômico, o qual não precisa ser repassado para o consumidor. A exceção à regra geral que propomos fica por conta do ato de concentração, pelas razões que veremos logo a seguir.

Em consonância com tal raciocínio, entendemos que dois tipos de *ilícitos concorrennciais* devem ser reconhecidos pelas instituições de criação e de aplicação da legislação brasileira de defesa da concorrência:

- os *ilícitos concorrennciais de mercado*, isto é, os ilícitos que configuram *abuso do poder de mercado*, os quais faticamente só podem ocorrer quando o agente econômico detém tal poder;
- os *ilícitos concorrennciais extramercado*, isto é, qualquer conduta que implique ou possa implicar conquista de mercado por mecanismo não relacionado à maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores. Tais são, por exemplo, os crimes de dano, sabotagem, espionagem, violação do direito de propriedade intelectual em geral, etc.

No mesmo sentido do reconhecimento de *ilícitos concorrennciais extramercado* encontra-se Paula A. Forgioni, muito embora a autora não desenvolva a idéia:

“Da mesma maneira, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, *ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado*, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em prática dissociada de sua vantagem competitiva” (grifos nossos).³⁹

Como consequência, somos contra a atual tendência do CADE no sentido de que tal Órgão somente deve agir quando a conduta for praticada por uma *empresa* que possui *poder de mercado*. Tal entendimento somente pode ser aplicado à hipótese de *abuso do poder de mercado* (*ilícto concorrencial de mercado*). No que se refere ao *ilícto concorrencial*

39 Posição dominante e seu abuso. *Revista de Direito Econômico*, v. 26, p. 118, ago./dez. 1997.

extramercado, isto é, à *conquista ilícita de mercado*, o CADE possui, ao menos na legislação atual, competência subsidiária para apurá-lo e reprimi-lo quando não se encontre previsto em outras leis (aplicação do art. 20, I, da Lei n. 8.884/94).

É de se observar que entre os *ilícitos concorrenciais extramercado* devemos incluir os *atos de concentração*. De fato, o ato de concentração, no momento em que é praticado, representa conquista de mercado⁴⁰ com base exclusivamente no *acordo* que o consubstanciou, não estando, portanto, relacionado à maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores. Não obstante, o ato de concentração merece considerações especiais, tendo em vista que:

- proibir todo e qualquer ato de concentração seria o mesmo que privar os agentes econômicos de parcela substancial do seu direito de contratar, uma vez que eles não poderiam contratar com agentes econômicos atuantes nem no mesmo mercado que o seu (concentração horizontal), nem em mercados fornecedores ou consumidores (concentração vertical);

- outros valores existem e devem ser protegidos pelo direito, tais como a necessidade de constituição de grandes empresas nacionais ou a necessidade de não se retirar demais a liberdade dos agentes econômicos, a fim de que o País não se torne refratário aos capitais externos.

Assim, não obstante a importância que demos ao número de agentes atuando no mercado, acreditamos que os atos de concentração não devem ser considerados ilícitos *per se*. Por outro lado, o controle de todo e qualquer ato de concentração representaria custos enormes para o Estado e para os agentes econômicos. Como conclusão, defendemos a tese de que somente os atos de concentração de maiores proporções, isto é, somente aqueles que impliquem criação ou aumento de *poder de mercado*, devem ser controlados pelo Poder Público. E, tendo em vista o segundo ponto acima assinalado, devem ser tais atos de concentração, se for o caso, permitidos (isto é, considerados *conquista lícita de mercado*), juntamente com

garantias para os consumidores. Caso contrário, não devem ser permitidos e o Poder Público deve ordenar a restituição ao *statu quo ante*.⁴¹

Com relação aos *ilícitos concorrenciais extramercado* que não os *atos de concentração ilícitos*, somos a favor de sua tipificação como *ilícto penal* nos termos genéricos suprapropostos – ressalvando-se expressamente o *ato de concentração*, sujeito a controle específico – e da atribuição de sua apuração aos órgãos ordinários da Polícia, reservando-se à instituição administrativa especializada na defesa da concorrência a apuração dos *ilícitos concorrenciais de mercado* e o controle dos *atos de concentração*. Uma vez que vários *ilícitos concorrenciais extramercado* já estão previstos em diversas leis, a formulação deste *ilícto penal* genérico teria uma função residual, garantindo assim a aplicação de *sanções penais* a qualquer conduta que implique conquista de mercado por mecanismo não relacionado à maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores.

Podemos agora, finalmente, apresentar nossa definição do Direito da Concorrência. Para nós, o Direito da Concorrência, enquanto sistema normativo, é o *conjunto de regras e princípios destinados a proteger a conquista lícita de mercado e a reprimir o abuso do poder de mercado*. Enquanto ramo da Ciência do Direito, trata-se daquele destinado ao estudo das mesmas regras e princípios.

2.4 A aceitação do caráter penal das normas de repressão às condutas anticoncorrenciais e da aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas

Em virtude do caráter penal das normas que dispõem sobre a repressão às condutas anticoncorrenciais, e a fim de que haja coerência entre tal observação doutrinária e a lei, que deve observar os princípios de Direito

40 No caso de concentração horizontal trata-se do mesmo mercado, enquanto que no caso de concentração vertical trata-se de mercados diferentes.

41 Sobre o caráter não-penal do *ato de concentração ilícito* cf. item 3, *infra*.

Penal sempre que regule um *ilícito penal*, somos pela aceitação explícita de tal caráter pela nossa legislação, sem prejuízo da aplicação de *sanções penais* às pessoas jurídicas.

Além disso, e em consonância com a importância fundamental que atribuímos à concorrência, advogamos a punição rigorosa de todos os responsáveis pela prática dos *ilícitos penal-concorrenciais*, o que será feito, dentre outras maneiras, por meio:

a) da responsabilização penal não só da pessoa jurídica infratora, como também das pessoas físicas responsáveis pela ação ou omissão anticoncorrencial daquela;

b) da instituição de uma causa geral de aumento de pena para os *ilícitos penal-concorrenciais extramercado*, caso o elemento subjetivo do injusto que os caracteriza não configure circunstância constitutiva do ilícito em particular (v.g. crime de dano, que não é necessariamente um *ilícito concorrencial*).

A fim de defendermos esta nossa posição, iremos rebater alguns argumentos que se lhe podem ser levantados.

2.4.1 A pessoa jurídica e a sanção penal

À primeira vista, se *sanção penal* for sinônimo de *punição*, então não devemos negar que às pessoas jurídicas podem ser aplicadas *sanções penais*. De fato, multas pecuniárias e penas restritivas de direitos são exemplos de sanções condizentes com sua natureza de ente fictício.

Não obstante, o Direito Penal tradicional afirma que somente a pessoa física ou natural pode praticar crimes. “Por ser a vontade elemento essencial da ação”, afirma Jair Leonardo Lopes, “é que a *pessoa jurídica*, para efeitos penais, não pode ser sujeito ativo da ação, pois a *pessoa jurídica* não

tem vontade própria, senão por uma ficção jurídica”.⁴² Na mesma linha, em princípio, Júlio Fabbrini Mirabete: “Aos entes reais compostos de pessoas físicas não se adapta o conceito penal de dolo ou culpa (puramente subjetivo)”.⁴³

Não vemos por que prevalecer esta ordem de idéias. As pessoas jurídicas, por definição, sendo “pessoas”, possuem personalidade jurídica própria, detêm patrimônio próprio, são responsáveis por suas dívidas, podem estar em juízo como autores ou réus, possuem direitos e deveres civis, comerciais, administrativos, trabalhistas, constitucionais, processuais, etc. Se possuem todos esses direitos e deveres como entes autônomos, se possuem vontade própria, ainda que por ficção, como o reconhece Jair Leonardo Lopes, por que então não reconhecer que quando a empresa age de tal ou qual maneira ela pratica um crime? Máxima coerência haveria se assim se admitisse...

Assim é que vozes atualmente se insurgem contra essa concepção. A possibilidade teórica da personalidade jurídica de Direito Penal das pessoas jurídicas vem dando ensejo à sua recepção pela jurisprudência e pela legislação, aqui e alhures. No que diz respeito à jurisprudência, vem-se admitindo a consideração das pessoas jurídicas como sujeitos passivos em crimes contra a patrimônio e contra a honra.⁴⁴ No que tange à legislação, já podemos encontrar um exemplo em nosso País: trata-se da novel Lei de Crimes Ambientais – Lei n. 9.605/97.

A possibilidade e mesmo a previsão constitucional expressa no sentido de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas é relatada por Mirabete:

42 *Curso de direito penal* – Parte geral. Livro de aulas, p. 109.

43 *Manual de direito penal* – Parte geral, v. 1, p. 117-118.

44 Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 120.

“Apesar das dificuldades de ordem doutrinária, porém, a necessidade crescente de definir a colaboração de diretores ou sócios na prática de ilícitos penais tem levado o Direito Penal moderno a caminhar no sentido de responsabilizar-se a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime. Seguinte esta orientação, a nova Carta instituiu essa possibilidade, prevendo que a lei estabeleça a responsabilidade da pessoa jurídica, sem prejuízo daquela dos dirigentes, para sujeitá-la às punições compatíveis com sua natureza ‘nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular’ (art. 173, § 5º) e nas ‘condutas e atividades lesivas ao meio ambiente’ (art. 225, § 3º).

Entre as penas compatíveis com a natureza da pessoa jurídica estão, na previsão constitucional, a ‘perda de bens’, a ‘multa’ e a ‘suspensão ou interdição de direitos’ (como o exercício de atividades financeiras, comerciais, industriais etc.). Não se veda, aliás, que a lei crie outras sanções penais além dessas, como deixa claro o art. 5º, XLVI, da CF” (grifos nossos).⁴⁵

Assim, pois, nenhum óbice há ao reconhecimento pleno de uma personalidade jurídico-penal das pessoas jurídicas. Pelo contrário: a revelação da verdadeira natureza da lei penal e ficção jurídica que permitiu a criação da pessoa jurídica impõem este mesmo reconhecimento.

2.4.2 O princípio da tipicidade e a previsão legal das condutas anticoncorrenciais

Muito se alega que a atividade econômica, por ser bastante dinâmica e estar em constante mutação, impediria uma tipificação *a priori* das condutas anticoncorrenciais. As empresas utilizar-se-iam dos mais diversos meios

45 Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 118.

para falsear a concorrência e para abusar do poder econômico, e, por isso, a invocação do princípio da tipicidade impediria que a legislação de repressão aos *ilícitos concorrenciais* se revestisse de um caráter de Direito Penal.

Mas o que vem a ser o princípio da tipicidade? Segundo Jair Leonardo Lopes,

“quando uma determinada ação ou omissão, que efetivamente foi praticada, é igual a uma daquelas outras, imaginadas e descritas pelo legislador, diz-se, então, que é uma ação típica ou com as características da tipicidade, que é a qualidade de adequar-se a um tipo.”⁴⁶

No mesmo sentido, Mirabete: “Como último elemento do fato típico tem-se a tipicidade, que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.”⁴⁷

Se o princípio da tipicidade somente isto fosse, não haveria maiores problemas em se aceitar o caráter penal da legislação de repressão aos *ilícitos concorrenciais*, haja vista que esta pode, tal como nos demonstra o art. 20 da Lei n. 8.884/94, prever, de maneira genérica, as condutas anticoncorrenciais, punindo-as através de seus *efeitos*, consumados ou tentados.

A questão é que alguns autores identificam o princípio da tipicidade com uma descrição perfeita e minuciosa dos elementos fáticos que conduzem à configuração do *ilícito penal*. Entretanto, nem mesmo a lei penal – aqui no sentido da lei que reconhece expressamente o caráter penal do ilícito que prevê – é assim tão perfeita e acabada. De fato, Mirabete nos explica que o *tipo* pode ser *normal* ou *anormal*:

“Embora a lei, em princípio, deva restringir-se à definição objetiva, precisa e pormenorizada para evitar-se a necessidade de um juízo de

46 Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 115.

47 *Ibidem*, p. 110.

valor na apreciação da tipicidade, muitas vezes a figura penal contém elementos outros que não puramente descriptivos. Quando tal ocorre, está-se diante da *tipicidade anormal*.

Tipo *normal* é aquele que contém apenas uma descrição *objetiva*, puramente descriptiva, como ocorre nos crimes de homicídio (art. 121), lesões corporais (art. 129) etc. O conhecimento do tipo opera-se através de simples verificação sensorial quando a lei se refere a *membro, explosivo, parto, homem, mulher etc.* A identificação de tais elementos dispensa qualquer valoração.

Tipos *anormais* são as descrições legais de fatos que contêm não só elementos objetivos referentes ao aspecto material do fato, mas também alguns outros que exigem apreciação mais acurada da conduta, quer por conduzirem a um julgamento de valor, quer por levarem à interpretação de termos jurídicos ou extrajurídicos, quer, ainda, por exigirem aferição do ânimo ou do intuito do agente quando pratica a ação.⁴⁸

O tipo *anormal* pode ocorrer em duas circunstâncias: quando ele contém *elementos normativos* ou quando ele contém *elementos subjetivos do tipo*:

“Em primeiro lugar, têm-se os elementos *normativos* do tipo, que exigem, nas circunstâncias do fato natural, um juízo de valor para que se possa dizer haver tipicidade. Podem referir-se ao *injusto*, à antijuridicidade, como nas expressões *indevidamente, sem justa causa* (arts. 151, 153, 192, I etc.). Só haverá tipicidade, por exemplo, quanto ao crime de violação de correspondência, quando o agente devassou o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem, sem que esti-

48 Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 111-112.

vesse de qualquer forma autorizado a fazê-lo [...] Pode também o elemento constituir-se de um *termo jurídico*, como o de ‘cheque’ (art. 171, § 2º, VI), ‘documento’ (arts. 297, 298 etc.), ‘funcionário público’ (arts. 312, 329 etc.), e só haverá tipicidade se, no fato natural, estiverem preenchidos os requisitos legais ou simplesmente jurídicos de suas definições. *Por fim, pode referir-se a lei a um elemento extrajurídico, em que se exige um juízo de valoração ao apreciar-se o fato concreto.* É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de posse sexual mediante fraude (art. 215) e rapto (art. 219), que contêm a expressão *mulher honesta*; no de sedução (art. 217), em que se menciona a dignidade e o decoro do ofendido etc. ...

Existem também os tipos anormais que contêm *elementos subjetivos do tipo*, que se referem ao intuito do agente quando pratica o fato (um especial fim de agir), ou aludem a certa tendência subjetiva da ação ou a características peculiares do ânimo com que o agente atua. Só existirá o fato típico referente ao art. 134 quando o agente expuser ou abandonar o recém-nascido com a finalidade de ocultar desonra própria. [...] Em outra categoria de elementos subjetivos do tipo estão certas tendências subjetivas da ação como, por exemplo, o desejo de satisfazer desejos libidinosos que estão descritos nos crimes de sedução (art. 217) e corrupção de menores (art. 218), indicados, respectivamente, nas expressões *conjunção carnal* e *ato de libidinagem*. Também constitui elemento subjetivo do ilícito o estado de consciência do agente a respeito de determinado fato inscrito em certas descrições legais. Só existe o crime de receptação dolosa se o agente *sabe* que a coisa adquirida é produto de crime (art. 180, *caput*). [...] Por último, registram certos tipos penais as características peculiares do ânimo com que o agente atua, como nas hipóteses de homicídios praticados por motivo torpe ou fútil (arts. 121, § 2º, inciso I e II); de induzimento ao suicídio por motivo egoístico (art. 122, inciso I), e também pela forma com que pratica o ilícito, como no homicídio por meio cruel,

que se refere à perversidade (art. 121, § 2º, inc. III)" (grifos nossos).⁴⁹

Deduz-se claramente, portanto, que, quanto ao *princípio da tipicidade*, nenhum óbice doutrinário há à consideração das condutas anticoncorrenciais punidas pelo ordenamento jurídico como *ilícitos penais*, ainda que tais condutas sejam "tipificadas" somente pelos seus *efeitos*. O legislador, em virtude do dinamismo da atividade econômica, pode e deve restringir-se ao *elemento subjetivo do injusto* (ou *elemento subjetivo do tipo*, como quer Mirabete) na tipificação dos *ilícitos penal-concorrenciais*. Pode – e deve – punir tais ilícitos ainda que o resultado desejado não seja alcançado. Não há violação, quer ao princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), quer ao princípio da tipicidade, e se a tipificação "genérica" ou anormal do *ilícito penal-concorrencial* pode causar uma maior insegurança ao particular, a tal consideração podemos objetar argumentando que:

- a) como decorre do que expusemos acima, nem mesmo a lei explicitamente penal garante uma segurança total;
- b) a concorrência é um valor de extrema importância para o *bem-estar social*, de maneira que se torna plenamente aceitável a "insegurança" que poderia advir de uma tipificação "genérica".

2.4.3 O ilícito penal e a culpa – A responsabilização penal das pessoas físicas responsáveis pela ação ou omissão anticoncorrente das pessoas jurídicas

A consideração do caráter penal das normas de repressão aos *ilícitos concorrenciais* não permite, de fato, que elas prevejam uma *responsabilidade objetiva* ou *sem culpa*. Daí argüir-se a inconveniência de se aceitar

49 Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 112-113.

aquele caráter, pois isto implicaria que somente as condutas praticadas com *culpa* (ao menos num sentido lato) pudessem ser penalizadas, o que frustaria os objetivos da lei.

Vejamos, então, um caso onde se alega que há uma *responsabilidade sem culpa* em nosso ordenamento. Tomemos a *responsabilidade objetiva* do Estado (art. 37, § 5º, da CF). O que significa tal responsabilidade? O Estado brasileiro será responsável por uma maremoto ocorrido em terras nacionais, fato este absolutamente imprevisível? É lógico que não. Há de haver uma conduta do Estado a fim de que se configure sua responsabilidade. Entretanto, somente no caso de uma conduta positiva, isto é, no caso de uma *ação*, é que podemos compreender facilmente tal responsabilidade. No caso de *omissão*, como iremos proceder para afirmá-la? Não é o ordenamento jurídico que prevê os deveres e as obrigações do Estado? Quando o Estado viola tais deveres e obrigações, não está agindo ele com culpa? O que é, afinal, culpa?

Ora, nem mesmo os grandes doutores de Direito Penal estão de acordo sobre o que seja *culpa* (*lato sensu*), ou *culpabilidade*. É famosa a distinção entre a teoria *naturalista*, que entende que a *culpa* é um elemento externo à conduta, e a teoria *causalista*, que entende que toda conduta possui, desde o início, uma finalidade, e que por isso a *culpa* estaria abrangida pela própria conduta humana. Outras teorias existem, e optar por uma ou outra implica alterar fundamentalmente a apreensão do ordenamento jurídico-penal, pois implica, mesmo, concepções diversas sobre o que seja *crime*.

Tudo isso demonstra que o tema da *responsabilidade com ou sem culpa* é bastante complexo e precisa ser melhor estudado. Nem por isso, entretanto, furtar-nos-emos a enfrentar a questão: para nós, há *responsabilidade objetiva* ou *sem culpa* somente quando não há uma conexão *psíquica* ou *moral* entre a pessoa responsável e a conduta ilícita, ou seja, quando não há *vontade* e *consciência* para a prática da conduta, a qual o *ordenamento* considera ilícita⁵⁰. Possibilidades de tal responsabilidade há várias no

50 Extraímos o conceito a partir do requisito da *causalidade psíquica ou moral*, exigido para a prática de crime em concurso de agentes (cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 218).

nosso Código Civil. A título exemplificativo, podemos citar o art. 1.521, que determina a responsabilidade dos pais pelos filhos menores “quando estiverem sob seu poder e em sua companhia” (inc. I), do tutor ou curador “pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições” (inc. II) e dos “donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos” (inc. IV), e o art. 1.481, que consagra a responsabilidade do fiador pelo não-pagamento da dívida pelo devedor principal.

O mesmo não acontece no Direito Penal. Somente há responsabilidade penal quando foi a pessoa mesma quem praticou a conduta (*autoria*) ou, ao menos, quando ela concorreu com *vontade* e *consciência* para a sua prática (*participação*).

Se a responsabilidade *subjetiva* for considerada no sentido acima apontado, isto é, no sentido de uma conexão *psíquica* ou *moral* entre a pessoa responsável e a conduta ilícita, então não serão tantos assim os casos em que não se admitirá a aplicação de *sanção penal* ao infrator, bastando indagar: houve *vontade* e *consciência*⁵¹ na prática de ato que tenha por objeto ou efeito o *abuso do poder de mercado* ou a *conquista de mercado por mecanismo não relacionado à maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores*? Se pelo conjunto das provas coletadas se puder aferir que houve aquela *vontade* e *consciência*, então as pessoas responsáveis poderão responder penalmente pela conduta.

Dentro de nosso raciocínio, pois, o que é realmente injurídico é a responsabilização de outras empresas ou entidades, pelo simples fato de serem integrantes do mesmo grupo econômico da pessoa jurídica infratora (art. 16 de Lei n. 8884/94), ou, ainda, a responsabilização dos dirigentes e administradores desta mesma pessoa pelo simples fato de o serem (art. 17 da mesma Lei). Há necessidade de se comprovar a conexão *psíquica* entre

as pessoas acima mencionadas e a conduta ilícita da pessoa jurídica infratora para que elas venham a ser efetivamente responsabilizadas.

Deve-se observar que a conjugação da adoção de um critério *formal* de *personalidade jurídica* com um critério *material-formal* (*material* porque a conexão *psíquica* ou *moral* é aferida pelos *fatos* e *formal* porque a conduta ilícita só pode ser deduzida pelo cotejo com o *ordenamento jurídico*) de *responsabilidade subjetiva* conduz a este resultado: a conduta penalmente ilícita pode ser imputada tanto à *pessoa jurídica* que a praticou como às *pessoas físicas* que determinaram a conduta da *pessoa jurídica* no sentido daquela prática.

Daí ser lícita e conveniente a punição das pessoas físicas responsáveis pelo *ilícito concorrencial* praticado pela pessoa jurídica. Em virtude do grande valor social que representa a concorrência, defendemos inclusive a aplicação da pena privativa de liberdade. Obviamente, em respeito à definição de *responsabilidade subjetiva* que adotamos, a questão que se coloca é a comprovação do efetivo envolvimento da pessoa física na *ação* ou *omissão anticoncorrencial* da pessoa jurídica.⁵²

2.5 A apreciação obrigatória pelos juízes dos processos de apuração e repressão dos ilícitos penal-concorrenciais e a manutenção, no caso dos ilícitos concorrenciais de mercado, de apenas uma instituição administrativa, com função exclusivamente apuradora

A apreciação obrigatória dos processos de apuração e repressão dos *ilícitos penal-concorrenciais* pelo Poder Judiciário decorre não só do fato

51 E as pessoas jurídicas o possuem, conforme defendemos acima.

52 Questão que também se coloca – ou dever-se-ia colocar – na sistemática atual, pois como afirmamos acima não se pode punir simplesmente pelo fato de ser diretor ou gerente, haja vista que tal pessoa pode não ter tido nenhuma participação no *ilícito*.

ALEXANDRE SCIGLIANO VALERIO

de defendermos a aplicação de penas privativas de liberdade pela prática dos mesmos,⁵³ como também da revelação da inexistência de diferença *ontológica* entre *ilícito penal* e *ilícito administrativo*: se, em virtude da *pretensão punitiva* da Administração, se configura, desde o início, um atrito (verdadeira lide) entre aquela (interesse público) e o administrado (interesse privado), e se, ao menos em nosso ordenamento jurídico, somente o Poder Judiciário pode dizer o direito com caráter vinculante (*jurisdição* com poder de *coisa julgada* – art. 5º, XXXV da Constituição Federal), então acreditamos ser mais lógico (porque mais coerente, mais seguro e, portanto, mais eficiente) que, em tais casos, a controvérsia seja sempre remetida àquele Poder.⁵⁴

Desse modo, devemos encarar uma última possibilidade de argumento, qual seja, aquele segundo o qual não seria conveniente que os juízes julgassem, sempre e em qualquer hipótese, os processos relativos à concorrência, pois somente pessoas especializadas, com um conhecimento mais ou menos profundo de economia, estariam aptas a enfrentar questões tais como a delimitação do mercado relevante, a existência ou não de poder de mercado, a existência ou não de abuso, etc.

Também não podemos concordar com tal raciocínio. Os juízes – ao menos em princípio – são pessoas cultas no direito. Daí que o conhecimento do ordenamento jurídico da concorrência e dos valores protegidos pelo Estado através de tal ordenamento se impõe a eles como em qualquer outro ramo normativo. Por outro lado, não se exige nem nunca se exigiu que os juízes tudo saibam (senão o direito). É por isso que sempre que se tornam necessários conhecimentos afetos a outros ramos do saber, tais como aque-

53 Pois somente o Poder Judiciário pode aplicar tal pena (cf. a garantia constitucional do art. 5º, LXI).

54 E que não se oponha a *ineficiência* do Poder Judiciário, porque tal não lhe é característica essencial, constituindo problema inteiramente diverso. Ademais, sempre é possível estabelecer procedimentos especiais para cada caso, certamente mais céleres do que os atualmente vigentes.

les relacionados à medicina, à engenharia, à psicologia, etc., o direito prevê a figura do *perito*. Ao laudo elaborado pelo perito o juiz deve dar extrema importância quando do seu julgamento, mesmo porque não conhece de maneira específica o assunto tratado, mas mesmo assim os Códigos Processuais Penal e Civil brasileiros não vinculam o julgador ao mesmo, permitindo que ele se baseie em outras provas, e até mesmo que decida contra o laudo.⁵⁵ Interessante notar que tal sistemática processual não é objeto de críticas; ao revés, todos parecem estar acordes na sua conveniência e correição.

Assim é que não temos dúvida em propugnar pela obrigatoriedade apreciação judicial dos processos de apuração e repressão dos *ilícitos penal-concorrenciais*, inclusive nos casos de *ilícitos concorrenciais de mercado*. Nada há que justifique, mesmo nesta última hipótese, uma ruptura radical com a sistemática processual penal adotada no Brasil, que consagra uma fase administrativa ou executiva e uma fase judiciária. Haveria apenas uma instituição administrativa responsável pela apuração da infração (e não duas, como existem atualmente), podendo-se-lhe atribuir um caráter colegiado e uma jurisdição nacional. Tal instituição funcionaria como uma verdadeira delegacia, sendo responsável pela coleta de provas e, em caráter especial, pela análise das alegações das partes interessadas e pela elaboração de um parecer técnico final (um laudo pericial). Seria, inclusive, incumbida de, com base nos elementos de provas existentes, pedir ao juiz competente a adoção de medidas preventivas – inclusive a prisão preventiva do infrator, se for o caso. Ao final desta primeira fase, os autos do processo seriam enviados ao Poder Judiciário, que, através de um procedimento próprio – e célere – julgaria em caráter final.

Já quanto ao controle dos atos de concentração não há necessidade de apreciação judicial obrigatoria. Não havendo, desde o início, configuração de uma *lide* entre a Administração e o particular, não há por que reme-

55 Art. 182 do Código de Processo Penal e art. 436 do Código de Processo Civil.

ter necessariamente o assunto ao Poder Judiciário. Neste caso, então, o controle por parte deste Poder seria meramente *accidental*, não *essencial*.

3 QUESTÃO FINAL: O CARÁTER NÃO PENAL DO CONTROLE DAS ESTRUTURAS DE MERCADO

Não se deve estender o caráter penal que demos às normas que fixam punições para as condutas anticoncorrenciais ao chamado controle das estruturas de mercado, isto é, ao controle das operações de concentração. O *ato de concentração ilícito* não é tratado como um *ilícito penal*. O Estado, no afã de garantir que o ato de concentração conduza a um *bem-estar social*, pode não aprovar o mesmo, e aí as sanções aplicadas serão meramente *sanções não-penais*. É o que podemos inferir da leitura do § 9º do art. 54 da Lei n. 8.884/94:

“§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.”

Uma vez que o ato de concentração merece considerações especiais (item 2.3. *supra*), advogamos a manutenção da orientação legislativa quan-

to ao caráter *não-penal* do *ato de concentração ilícito*.⁵⁶ Não obstante, em virtude da importância fundamental que atribuímos à concorrência, defendemos que a não-submissão dos atos de concentração à apreciação da instituição competente deve, sim, configurar *ilícito penal*, punindo-se severamente o(s) responsável(is) pela omissão.

4 BIBLIOGRAFIA

- CONSELHO EDITORIAL. Saiba como os teóricos interpretam o processo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 nov. 1997. Globalização/Caderno Especial, p. 5.
- CRETELLA JÚNIOR, J. Ilícito penal e ilícito administrativo. *Justitia*, São Paulo, v. 79, p. 139-154, 4º trim. 1972.
- DOBB, Maurice Herbert. *A evolução do capitalismo*. Trad. Manuel do Rêgo Braga. 2. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1984. (Coleção “Os economistas”).

⁵⁶ A denominada *Análise Econômica do Direito* – que, nas palavras de Pedro Mercado Pacheco, se caracteriza pela aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria microeconómica neoclássica na explicação e avaliação do direito (*El análisis económico del derecho; una reconstrucción teórica*, p. 27) – ensina que a gravidade das penas, bem como a probabilidade de sua aplicação, são fatores responsáveis pela maior ou menor prática de ilícitos (*ibidem*, p. 228). Acrescentamos, ainda, a própria previsão de punição, pois que o ilícito pode ser meramente *não-penal*. Por outro lado, quando a norma não é bastante especificada – tal como a que proíbe o ato de concentração tendo em vista determinados valores – corre-se o risco de dissuadir os indivíduos a praticar atos lícitos, uma vez que eles têm medo de incidirem na hipótese da norma incriminadora e serem assim punidos (cf. EHRLICH, Posner. An economic analysis of legal rulemaking. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. III, v. I, p. 257-285, jan. 1974). Segundo estas duas linhas de raciocínio, acreditamos que a consideração do *ato de concentração ilícito* como *ilícito penal* representaria, na prática, uma restrição ainda maior ao direito de contratar e prejudicaria ainda mais os valores mencionados no item 2.3 acima referido. Destarte, os mesmos valores que invocamos para defender que o ato de concentração não seja considerado *ilícito* sempre e em qualquer hipótese servem para justificar que a ele não sejam aplicadas *sanções penais*, quando *ilícito*.

- EHRLICH, Isaac, POSNER, Richard A. An economic analysis of legal rulemaking. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. III, n. 1, p. 257-285, jan. 1974.
- FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1996. Original francês.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência* (comentários à lei antitruste). Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FORGIONI, Paula A. Posição dominante e seu abuso. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, v. 26, p. 105-137, ago./dez. 1997.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, v. 21, p. 75-120, out./dez. 1995.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal – Arts. 11 a 27*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, t. II.
- LIDAY, Jeffrey L. Euro deve causar onda de fusões. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 24 nov. 1998. Caderno Economia, p. 18.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. Parte geral. Livro de aulas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal – Arts. 28 a 74*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. II.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1994, v. 1.
- _____. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I.

- _____. *Instituições de direito civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. III.
- PIGOU, A. C. *Socialism versus capitalism*. Londres: Macmillan and Co., Limited, 1947.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed., Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998.
- RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Introdução à economia. In: PINHO, Diva Benevides, VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Org.). *Manual de economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.