

**O ABUSO DO PODER SOB O ENFOQUE DO DIREITO PENAL
ECONÔMICO**

THE POWER ABUSE FOCUSED IN THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Promotor de Justiça Ministério Público do Paraná, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Professor Titular de Direito Penal do Programa de Mestrado em Direito da UNICURITIBA, Professor da Fundação da Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR e da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Email: guaragni@mp.pr.gov.br.

RENATA CARVALHO KOBUS

Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Assessora Jurídica do Ministério Público do Paraná e Ex-Intercambista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Email: renatakobus@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo possui como escopo realizar uma análise crítica do delito de abuso do poder econômico, tipificado no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, atribuindo-se enfoque ao âmbito concorrencial e penal econômico. O primeiro capítulo realiza

um breve histórico do surgimento do Direito Penal Econômico, assim como apresenta as principais leis que tratam dos crimes econômicos no Brasil. O segundo capítulo trata dos aspectos gerais pertinentes ao poder econômico, apresentando as características que configuram o seu abuso, além de analisar a sua previsão constitucional. Por fim, o capítulo quarto aborda especificamente sobre o delito de abuso deste poder no âmbito criminal, tratando da análise do sujeito ativo, sujeito passivo, do bem jurídico e das sanções cominadas a este delito. Salieta-se que a relevância do tema é decorrente da gravidade do dano ocasionado pelo delito de poder econômico, o qual atinge não somente a Administração Pública, mas também toda a coletividade, e, mesmo assim, não é devidamente punido, em razão do inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 não possuir efetividade prática.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Econômico; Abuso. Poder Econômico; Lei 8137/1990.

ABSTRACT

The present article aims to perform a critical analysis of the crime of abuse of economic power, typified in the Item I of Article 4 of Law n. 8.137/1990 with focus on the competition and on the economic criminal aspects. The first chapter makes a brief history of the emergence of the Criminal Economic Law, as well as presents the main laws that deal with economic crimes in Brazil. The second chapter deals with general aspects that concerns economic power, with the characteristics that shape their abuse and analyse its constitutional regime. Finally, the fourth chapter focuses specifically on the crime of abuse of power in the criminal context, dealing with the analysis of who commit the crime, who suffer the crime, the legal asset, and the penalties comminated. It is noted that the relevance of the issue is due to the seriousness of the harm caused

by the offense of economic power, which affects not only the Government, but also the entire community, and, even then, it is not properly punished, because of the ineffectiveness of Article 4 of Law n. 8.137/1990.

KEYWORDS: Criminal Economic Law; Abuse. Economic Power; Law n. 8.137/1990.

INTRODUÇÃO

O indivíduo que detém poder econômico é que aquele que possui grande quantidade de riqueza, o que faz com que o mesmo possua competência de influenciar nas decisões de outros agentes, sejam econômicas, políticas ou sociais, uma vez que o dinheiro, na atual sociedade capitalista, acaba sendo o elemento central.

O simples fato do indivíduo ser detentor do poder econômico não significa que esteja configurada uma conduta ilícita, tendo em vista que vários são os agentes que possuem este poder e não visam fins egoísticos que objetivem a prejudicar as relações de mercados ou infringir as normas éticas e legais.

Desta forma, apenas o abuso deste poder é punido pela nossa sociedade, estando o dever desta punição estampado no parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal, o qual dispõe que será punido o abuso do poder econômico que objetive a dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No âmbito penal, o delito de abuso do poder econômico está previsto no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, o qual prevê que este tipo é configurado nos casos em que haja a dominação do mercado ou a eliminação, integral ou parcialmente, da concorrência mediante qualquer tipo de ajuste ou de acordo de empresas.

Os indivíduos que cometem este delito são denominados de sujeitos de “colarinho branco”, pelo fato de, por possuírem um significativo montante econômico, serem agentes da alta sociedade, bem vestidos e que, aparentemente, não aparentam serem criminosos.

Diante da influência dos agentes detentores de poder econômico em todos os ramos da sociedade, houve a necessidade da punição do abuso deste poder também se dar no âmbito penal, uma vez que a punição administrativa não é capaz de sozinha, prevenir este delito.

Este trabalho pretende demonstrar uma análise crítica das principais características do poder econômico, da configuração de seu abuso, assim como da necessidade de atribuir-se uma maior importância para este delito, o qual, está esquecido pelos aplicadores do direito.

1. DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Em linhas gerais, o Direito Econômico nasceu na Alemanha principalmente em razão do funcionamento de seu mercado ser bastante concentrado, inexistindo a autorregulação fundada na lei da oferta e da procura¹.

No entanto, insta salientar que diversos foram os acontecimentos históricos, como a Revolução Industrial e as grandes guerras mundiais², que influíram no

¹ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade afirmam que “o Direito Penal Econômico, dum modo geral, alimenta-se das sequelas das crises econômicas ou dos afrontamentos bélicos. Deve mais à urgência duma mobilização para a guerra, para a reconstrução dos escombros, que a serena reflexão dos juristas” (DIAS; ANDRADE in PODVAL, 2000, p. 68).

² Sobre a consolidação da Direito Penal Econômico, Alexandre Knopfholz afirma que “a criminalidade econômica sempre existiu. Contudo, foi a partir da segunda metade do séc. XX que se operou uma verdadeira revolução no campo do Direito Penal e da política criminal, com a consolidação do Direito Penal Econômico e sua evolução para a tutela de bens supraindividuais relativos à ordem econômica. É possível destacar três principais razões para o amadurecimento e evolução do tema no âmbito do Direito Penal: a) no campo político, o surgimento dos Estados Sociais e de Direito, sobretudo após a 2

nascimento do Direito Econômico, os quais foram fundamentais para que os indivíduos mudassem a sua concepção liberal.

Mais especificamente, o Direito Econômico surgiu na cidade alemã de Jena, no ano de 1911, com a criação da Sociedade de Estudos de Direito e Economia. Tais estudos foram significativamente ofuscados pela 1ª Guerra Mundial, iniciada no ano de 1914, retomando as suas forças com o fim desta guerra, no ano de 1918 (NUSDEO, 2011, p. 101-132).

Foi após o final da 1ª Guerra Mundial que se iniciou o desenvolvimento científico do Direito Penal Econômico, sendo que a consolidação deste novo ramo do direito ocorreu somente após o início da 2ª Guerra Mundial, em decorrência, principalmente, dos problemas de escassez de mercadorias (CORACINI, 2004, p. 429). Destaca-se:

O direito penal econômico, como ramo destinado à tutela da ordem econômica, apresentou condições históricas de surgimento somente a partir do começo do século XX, com a constituição de estados fortes, de cariz totalitário, caracterizados pela forte intervenção na economia, seja regrando e patrulhando a atividade produtiva e distributiva de bens e serviços levada a efeito pela iniciativa privada (Estados de direita), seja substituindo o capitalismo e assumindo as funções próprias do ciclo econômico relativas à produção e distribuição de bens e serviços (GUARAGNI, 2008, p. 31).

Manoel Pedro Pimentel na obra “Direito Penal Econômico”, considerada a primeira a tratar deste novo ramo do Direito no Brasil, publicada no ano de 1973, apresentou a seguinte definição ao Direito Penal Econômico:

O Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito penal econômico. Além do indefinido número de pessoas, são também objeto de proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública e a administração pública em certo sentido (PIMENTEL, 1973, p. 16).

^a Guerra Mundial; b) no campo filosófico, a filosofia da linguagem e a noção de alteridade; e, finalmente, c) no campo sociológico, os estudos atinentes à sociologia do risco” (KNOPFHOLZ, 2013, p. 48).

O cenário no qual se insere esta criminalidade econômica é o de uma sociedade extremamente capitalista, na qual os empresários possuem como objetivo principal a busca desenfreada por maiores lucros³.

Sobre o surgimento do Direito Econômico e do Direito Penal Econômico, faz-se oportuno destacar as palavras de Klaus Tiedemann (apud CORACINI, 2004, p. 429):

Historicamente, o direito econômico tem sua origem na direção e planificação estatal da economia. Daí seu conceito restritivo, nascido na Alemanha por meio de algumas disposições legais isoladas aparecidas durante a Primeira Guerra Mundial. Logo adotou-se um verdadeiro arsenal de medidas econômico-jurídico-administrativas, nas quais a sanção penal não se limitava aos casos mais graves. (...) A época seguinte, em que pese o intervencionismo estatal do terreno econômico durante a República de Weimar, conduziu a sua parcial supressão. Contudo, persistiram geralmente as formas jurídicas estruturadas em virtude da economia de guerra e converteram-se em fundamento do direito industrial ou do direito econômico de novo cunho. Paralelamente à evolução econômico-industrial, surgiu um direito econômico especial sob o amparo do direito penal.

No Brasil, em se tratando de legislação esparsa, a primeira lei a tratar dos crimes econômicos de forma sistematizada foi a Lei nº 1.521/1951, instituída no governo de Getúlio Vargas, a qual discorre sobre os crimes e as contravenções contra a economia popular.

Após algum tempo, mais precisamente no ano de 1986, houve a promulgação da Lei nº 7.492/1986, que definiu os crimes contra o sistema financeiro nacional. Posteriormente, em 1990, foi publicada a Lei nº 8.137, que definiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Em 1998 foi publicada

³ “Mostra-se, portanto, correto afirmar que, a partir da segunda metade do século XIX, a indústria tornou-se o eixo sobre o qual se articulou a sociedade capitalista, sendo substituída mais recentemente em seu papel pelos irrefreáveis e desabalados avanços tecnológicos, especialmente no campo da informática, com reflexos em todos os planos da vida social, desde plano cultural, até os planos jurídico e econômico. Isto corresponde a afirmar que o cenário no qual se insere a criminalidade econômica, tal como é concebida e estuda modernamente, é o desenvolvimento do capitalismo, que compreende importantes fenômenos econômicos e sociais desencadeados após a Segunda Guerra, e com vigor mais extremado nas últimas décadas”. (CORACINI, 2004, v. 829, p. 429).

a Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a qual foi recentemente alterada pela Lei nº 12.683/2012⁴.

Importante salientar que as leis que possuem sanções administrativas aos delitos econômicos, como é o caso da Lei 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro da concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, não excluem a aplicação das sanções penais cabíveis.

Em decorrência do surgimento da concepção capitalista, houve a necessidade da ordem econômica liberal dar lugar à ordem econômica intervencionistas, diante da necessidade de se limitar os interesses egoísticos dos empresários.

Isto porque o mercado não é capaz de, autonomamente, produzir mecanismos para solucionar e equacionar as diversas situações existentes no sistema econômico. Assim sendo, percebeu-se a necessidade de fusão entre os centros decisórios mediante a construção de políticas públicas aplicadas ao Estado.

Cabe ao Direito Penal Econômico a proteção dos bens jurídicos penais econômicos, de alcance meta ou supraindividual, reprimindo e sancionando as condutas que lesionam ou, potencialmente, violem a ordem econômica, como é o caso do abuso do poder econômico.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE O PODER ECONÔMICO

Os agentes que detêm poder econômico são aqueles que, em decorrência de deterem significativo valor econômico, possuem a competência de influenciar na decisão de outros agentes, de setores da economia ou até mesmo nas decisões da própria Administração Pública, tanto direta quanto indireta. Ou seja, é a capacidade que o agente possui de realizar a imposição da sua vontade independentemente da vontade e das circunstâncias alheias.

⁴ Ressaltam-se também, as seguintes leis: i) Lei nº 4.729/1965 – define os crimes de sonegação fiscal e dá outras providências; ii) Lei nº 6.910/1981 – modifica o tratamento do crime de contrabando e descaminho; iii) Lei nº 7505/1986 – dispõe sobre os benefícios fiscais na área do imposto de renda concedidos a operações de caráter artístico ou cultural e; iv) Lei nº 7.752/1989 – dispõe sobre os benefícios fiscais na área do imposto sobre a renda e outros tributos, concedidos ao desporto amador.

É bastante comum que o agente detentor de poder econômico possua também o poder político e o poder social, uma vez que estas três esferas apresentam forte ligação. Em relação a influência do poder econômico:

O poder econômico está em toda a parte, na agricultura, na indústria, no comércio, nos meios de comunicação de massa, sendo a sua força tão grande que sobrepõe à do próprio governo e dirige, ocultamente, os destinos do povo e do país. E quando o poder econômico se concentra na empresa, e quando as empresas se reúnem e se internacionalizam, a força que delas dimana influi na política mundial (BRANCO, 1982, p. 26-27).

Desta forma, o agente que possui poder econômico, acaba tendo o poder de influir nas decisões políticas, o que ocorre na grande maioria das vezes através do financiamento das campanhas eleitorais. O indivíduo que possui significativo montante econômico banca as campanhas políticas vislumbrado obter diversos favores após o pleito eleitoral.

Esta troca de favores, que acabam envolvendo, por exemplo, a redução de tributos para as empresas do agente detentor do poder econômico, assim como a realização de licitações direcionadas, dentre outras práticas que, por óbvio, são totalmente não condizentes com os interesses da Administração Pública.

A influência do poder econômico no âmbito político faz com que o Administrador se afaste dos interesses da Administração Pública, ao exercer atividades que visem favorecer os seus interesses particulares⁵. Conseqüentemente, os princípios constitucionais e administrativos são violados, sendo, também, bastante constante a prática de delitos.

Conforme entende Calixto Salomão Filho, a existência do poder econômico no mercado acarreta na criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelos,

⁵ Acerca da relação do poder econômico com o poder político, destaca-se: "Todas as considerações até agora articuladas conduzem à conclusão de que o poder econômico globalizado, que diviniza o mercado, a concentração e a mobilidade dos capitais e que coloca a informação e a comunicação a serviço deste sistema – o poder político minimizado diante do poder econômico que instrumentaliza o poder mediático – diminui, em prol da manutenção do mercado mundial, o poder estatal de regular a sua própria economia; acarreta o aumento das desigualdades sociais, mercê do desemprego estrutural e da deteriorização salarial; revela a incapacidade estatal de mediação entre capital e trabalho;

os quais possuem interesses próprios e que objetivam influenciar o centro estatal de decisões políticas.

Outra grande influência do poder econômico também está presente no Poder Judiciário, o que ocorre, por exemplo, através da venda de decisões e sentenças, o que é uma lástima. A ganância por mais dinheiro, infelizmente, acaba por corromper até mesmo aos julgadores, ou seja, aqueles que possuem o dever de aplicar a justiça.

A busca exacerbada dá uma riqueza cada vez maior, acaba por afastar os valores éticos e morais dos indivíduos. O dever de lealdade, o compromisso com as atribuições dos cargos públicos, assim como a busca pela justiça social e pela diminuição das desigualdades sociais, encontra-se cada vez mais rumo a extinção.

Um pensamento extremamente capitalista se alastra cada vez mais em nossa sociedade, principalmente entre os grandes empresários⁶. O papel de cidadão parece conflitar com o alcance de uma boa posição econômica e social⁷.

Os direitos constitucionais estampados na Constituição Federal de 1988 estão mais e mais distantes da realidade. A ganância por maiores lucros e poder torna o Estado Democrático de Direito quase tão utópico quanto o Estado Liberal.

Em relação ao mercado, a maneira mais comum de verificar se um agente possui ou não o poder econômico é através da análise da possibilidade que este agente possui de realizar o aumento de seus preços, com a redução da oferta do produto/serviço, sem que isto acarrete na diminuição de seus lucros.

⁶ Sobre o efeito positivo do capitalismo selvagem, Alberto Silva Franco entende que “se é exato que, de um lado, o capitalismo selvagem gestado pela revolução industrial foi uma fábrica de horrores (os Estados totalitários, as guerras mundiais, as ditaduras monopartidárias, o holocausto, o racismo, os campos de concentração, etc.); não é menos exato que gerou as idéias revolucionárias, as consciências dos direitos humanos, a democracia, a república, etc.” (FRANCO in PODVAL, 2000, p. 236).

⁷ Raúl Cervini assevera que “actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto em substitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta em uma jungla dominada por la ley Del más fuerte y, em todo o caso, redistribuyendo la riqueza a través de uma política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes etc.), Lo que desde El punto de vista de uma economía inspirada em el liberalismo capitalista del laissez faire, laissez passer, se consideraba como uma anomalia o uma cuestión excepcional, es hoy algo absolutamente normal e incluso consubstancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales” (CERVINI, 2013, p. 81).

A existência deste poder também pode ser verificada através da capacidade que um agente econômico possui de praticar o dumping. Esta figura é caracterizada quando o empresário diminui significativamente os preços de seus produtos ou serviços e, mesmo com tal redução, consegue se manter no mercado. Após, ao os demais concorrentes saírem do mercado, por não conseguirem concorrer com estes baixos preços, o agente detentor de poder eleva os preços.

Ou seja, o intuito de realizar a diminuição de seus produtos e serviços é a de unicamente retirar os demais concorrentes do mercado. Com a “quebra” dos concorrentes que não conseguem se manter no mercado, o agente detentor de poder econômico aumenta os preços.

Como resultado, os consumidores que antes podiam escolher entre o produto/serviço de menor preço passam a ter a sua disposição somente o produto com o preço elevado, não possuindo mais a diversidade de opções.

O ponto máximo do poder econômico é atingido com o monopólio. A ausência de demais empresários para competirem em determinado ramo mercadológico tende a afetar diretamente a concorrência, o que acarreta na restrição dos direitos dos consumidores.

O monopólio, quando não regulado, por não possuir qualquer tipo de competição, estando o consumidor “amarrado” aos seus produtos e/ou serviços por não possuir outras opções, acaba por abusar desta posição.

Este abuso pode ocorrer, por exemplo, através do aumento injustificado dos preços, assim como na diminuição expressiva da qualidade dos produtos e serviços dispostos no mercado.

Insta salientar que nem todo o agente detentor de poder econômico tende a dele abusá-lo. O simples fato do indivíduo possuir poder econômico não significa, por si só, que está cometendo um ilícito ou trazendo prejuízos a sociedade.

Até mesmo por que, a aquisição do poder econômico pode ser resultado da capacidade dos agentes, através “de sua conduta concreta nos respectivos mercados mediante atos de vontade e da influência objetiva, determinantes das escolhas e

comportamentos alheios” (MOREIRA in GUERRA, 2004, p.169), com a devida observância as regras e aos princípios de nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, somente o abuso do poder econômico é punível pelo Estado⁸. A simples detenção de poder econômico não é considerada como nenhum tipo de ilícito, uma vez que nem sempre será prejudicial à sociedade. Ou seja, o poder econômico será legítimo quando não entrar em conflito com os valores maiores estampados na Constituição Federal e no ordenamento infraconstitucional.

O doutrinador Sérgio Varella Bruna (2001, p. 105) entende que o abuso do poder econômico corresponde à:

Capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. Poder econômico é não só, mas fundamentalmente, o controle sobre os preços, uma vez que a concorrência, muito embora também possa ocorrer em relação à qualidade dos produtos (concorrência não de preços ou concorrência pela qualidade), com muito maior frequência terá nos preços o seu foco principal.

Na esfera constitucional, a repressão ao abuso do poder econômico está prevista no parágrafo quarto do artigo 173 da Constituição Federal, o qual dispõe que serão punidas as condutas consistentes em abuso do poder econômico que visem: i) a dominação do mercado; ii) a eliminação da concorrência e; iii) o aumento arbitrário dos lucros.

Sobre o parágrafo quarto do artigo 173 da Constituição Federal, destacam-se as palavras de Gonçalo Farias de Oliveira Junior (2011, p. 857):

Quando o constituinte facultou ao legislador ordinário, pelo art. 173, § 4º, reprimir penalmente o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros,

⁸ Gonçalo Farias de Oliveira Junior, entende que “compreendida no *stricto* sentido jurídico-penal, as práticas de aquisição abusiva de poder econômico – fruto da ânsia de locupletação gananciosa – vulneram, em suas múltiplas e diversificadas formas, a liberdade de competição, e implicam em menoscabo do livre acesso dos agentes econômicos no mercado para oferta bens e serviços” (OLIVEIRA JUNIOR, 2011, p. 857).

o fez ante a relevância dos bens jurídicos que orientam a economia de mercado. Fica patente, assim, que a Constituição não se contentou em apenas declarar formalmente os valores e a principiologia fundante da vida econômica do país, mas confirmou a necessidade da tutela penal da ordem econômica – tal como regulada normativamente – e, por conseguinte, a livre iniciativa e a liberdade concorrencial, cumprindo ao legislador infraconstitucional a indicação dos casos sujeitos à punibilidade estatal.

Contudo, existem doutrinadores que entendem que a intervenção estatal no domínio econômico não deve contar com a atuação do Direito Penal, em razão deste atuar como *ultima ratio legis*. Nas palavras de Rodrigo Sánchez Rios (2000, p. 432):

Entretanto, se é pacífico o entendimento da necessidade da intervenção do Estado na atividade econômica, há controvérsias na doutrina penal quanto ao uso do Direito penal neste setor. O tratamento oferecido pela dogmática penal em relação a temas como o bem jurídico, o injusto penal, o concurso de agentes e a responsabilidade da pessoa jurídica, não deixa de questionar a própria legitimidade da intervenção do Direito Penal, pois estaria descaracterizando a sua condição de autêntica *última ratio legis*.

Ademais, insta salientar que a previsão de punição do abuso do poder econômico não significa que os agentes econômicos tenham que pautar as suas condutas na consecução da função social e deixar de lado a maximização de riqueza.

Não se pode exigir que o agente privado se comporte da mesma maneira que um agente público deve se comportar. Por óbvio, os interesses e objetivos de ambos são distintos, devendo o interesse público prevalecer, acima de tudo, sobre as condutas dos agentes públicos, enquanto aos agentes privados é atribuída a liberdade de atuarem visando aos seus fins individuais⁹.

A exigência de utilização adequada do poder econômico não significa a necessidade de transformação dos interesses privados dos agentes econômicos em interesses públicos. O que se vislumbra é que o agente econômico não desenvolva o seu poder em desfavor da coletividade, dele abusando. Ademais, a busca por maiores

⁹ Acerca desta dicotomia entre interesses públicos e privados, Sérgio Varella Bruna entende que os interesses coletivos devem sempre prevalecer sobre os interesses individuais, não devendo prevalecer o poder econômico que se apresente como entrave ao desenvolvimento social e aos fatores que objetivam a consecução dos ideais de justiça. (BRUNA, 2001, p.147).

lucros, objetivo da maioria dos empresários, não significa que estes não possam realizar condutas sociais que visem a consecução dos ideais de justiça.

No âmbito do Direito Penal, o abuso de poder econômico é configurado como crime, estando esta conduta prevista na Lei nº 8.137/1990, mais especificamente no inciso I do artigo 4º, o qual estabelece que constitui crime “abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”, como se passará a ver em capítulo específico.

3. O DELITO DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO DA LEI 8.137/1990

O crime de abuso do poder econômico está previsto, na legislação penal, no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/1990¹⁰. A redação original deste artigo dispunha que seria crime contra a ordem econômica o abuso do poder econômico que dominasse ou eliminasse, total ou parcialmente, a concorrência, mediante: a) ajuste ou acordo entre as empresas; b) aquisição de acervo de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentrações de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder da empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa e, por fim; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento da empresa concorrente.

Esta redação foi alterada no ano de 2011, com o advento da Lei nº 12.529, passando assim a ser considerada: constitui crime contra a ordem econômica “*abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas*”.

Desta forma, o exercício do poder econômico que não possua como escopo a

¹⁰ Quanta a codificação do Direito Penal Econômico, a maioria dos países (por exemplo, Áustria, Bélgica, Egito, França, Grécia, Israel, Japão, Portugal, Suécia e Suíça) não possuem em seu código penal os delitos econômicos. (COSTA; ANDRADE in PODVAL, 2000, p. 106).

dominância do mercado, a eliminação da concorrência ou a realização do aumento arbitrário dos lucros não pode ser considerado abusivo não sendo, de tal forma, objeto de repressão legal. Isto porque, conforme visto, somente quando a competição está em risco é que restará configurado o abuso do poder econômico, havendo, em tal caso, a devida repressão (PRADO, 2004, p. 34).

Importante ressaltar que a doutrina especializada entende que é imprescindível para a caracterização deste delito que o sujeito seja detentor de posição dominante no mercado, a qual pode ser conceituada como *“aquela que confere a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência”* (BRUNA, 2001, p. 115).

Conforme a redação do parágrafo 2º do artigo 36 da Lei 12.529/2011 a posição dominante se presume quando *“uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante”*, sendo que este percentual pode ser modificado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE para setores específicos da economia.

3.1 SUJEITO ATIVO

Os crimes econômicos costumam exigir, de quem os pratica, certos conhecimentos em determinadas áreas (por exemplo, do Direito Tributário, quando se trata de crimes contra a ordem tributária), assim como a exigência de um maior raciocínio em relação aos demais delitos, por, muitas vezes, exigir a formação de esquemas complexos que visam dar uma aparência de licitude ao delito¹¹.

Desta forma, a criminalidade econômica está presente, via de regra, nas

¹¹ O ministro do STJ Gilson Langaro Dipp entende que “quando nós conceituamos um crime financeiro ou econômico, nós estamos falando certamente de crimes de alta complexidade que são praticados por organizações criminosas, não somente aquelas que produzem delitos de sangue, mas as voltadas para o enfraquecimento das instituições tanto financeiras e econômicas como políticas e sociais, no sentido de auferir lucro através da oferta de serviços e produtos proibidos e, que por serem proibidos, são escassos, e por serem escassos, são valiosos” (DIPP, 2006, v. 32, p. 07).

classes de nível econômico mais elevado¹², o que caracteriza tais crimes como sendo de “colarinho branco”. Tais delitos são cometidos por indivíduos “respeitáveis” em sua profissão como, por exemplo, empresários, profissionais liberais e políticos (RIOS, 2000, v. 775, p. 432).

No que condiz aos criminosos de “colarinho branco”, cumpre ressaltar as palavras de Vitorino Prata Castelo Branco (1982, p.14):

O criminoso de ‘colarinho branco’, a não ser aqueles que fazem parte da Máfia e usam congêneres no mundo, não pode ser classificado como delinquente, porque, na verdade, não o é, apesar da sua falta de escrúpulo no trato com os seus iguais. É ele apenas um homem oportunista, sem formação moral e que abusa de seus poderes como chefe de empresa, seguindo a filosofia de que no comércio tudo é permitido. Na vida social apresenta-se como um cidadão perfeito, capaz até mesmo de benemerências, conforme demonstra a sua ação no Rotary ou no Lions Clube, de modo que nele existem duas personalidades, a social e a comercial. E se alguém prestar a atenção, verificará que nem mesmo ele se considera personalidade dupla, ou capaz de prejudicar a outrem, já que a busca do lucro, de qualquer maneira, faz parte tradicional de sua atividade industrial ou comercial, mesmo porque os seus concorrentes agem do mesmo modo, não criticando uns aos outros. Os fins, segundo essa filosofia empresarial, justificam os meios. (...) porque não possuem noção da marginalidade em que vivem, podendo ser classificados como anestesiados morais, segundo antiga explicação criminológica. Agem de modo indiferente quando prejudicam ou quando ajudam, porque não diferenciam o mal do bem, e ainda se revoltam, considerando-se perseguidos injustamente quando a justiça lhes pede contas.

¹² Destacam-se as palavras de Vitorino Prata Castelo Branco: “As leis penais econômicas estão vigentes, todavia, não impedem a prática diária da criminalidade por parte de alguns empresários. ‘Neste momento que estamos aqui discutindo o aumento da criminalidade comum, quando policiais fardados percorrem as ruas do centro – dizia um delegado expositor, no último congresso de criminologia, realizado em São Paulo -, que criminosos de colarinho branco, em seus luxuosos escritórios da Avenida Paulista, situados no alto dos prédios, traçam planos para aumentar o preço da carne, do pão, do leite, por meios nem sempre lícitos’. E de fato assim é; alguns produtores chegam a despejar o excedente do leite no mangueirão dos porcos ou na água dos rios próximos. Depois que conseguem a alta desejada ainda vendem o leite, que é alimentação essencial às crianças, já reduzido a líquido aguado pela extração de toda a gordura natural nele existente. Outros meios da mesma espécie são empregados na venda da carne e do pão, o boi de corte engordado com hormônios prejudiciais à saúde humana, o frango com água injetada para aumento do peso, o pão com bromato de potássio para aumentar o tamanho. Há desonestidade em algumas empresas de construção, de medicina clínica, de fabricação de remédios, de fabricação de doces e de bebidas” (BRANCO, 1982, p. 13).

Justamente em razão de todo o conhecimento que os sujeitos que cometem os crimes de colarinho branco possuem, grande parte da doutrina entende que a ressocialização da pena não se aplica a tais delitos, sendo o grande argumento de que:

Não tem qualquer sentido tentar a socialização de pessoas que – dado o seu status econômico-social, a respeitabilidade de que se reveste o seu modo de vida, a estabilidade da sua inserção comunitária – possuiriam já um alto grau de socialização e não precisariam, por isso, de passar por uma estratégia de ‘recuperação social’ (DIAS in PODVAL, 2000, p. 130).

Jorge Figueiredo Dias, ao apresentar o trecho acima em seu artigo, afirma que este argumento não o convence minimamente, uma vez que o efeito da socialização não tem a ver com a estabilização do infrator no âmbito cultural, econômico e familiar, mas sim, em propiciar condições favoráveis para que o indivíduo, no futuro, não retorne a cometer crimes (DIAS in PODVAL, 2000, p. 130).

Em se tratando do delito de abuso do poder econômico, considera-se sujeito ativo tanto o empresário quanto aquele que detém, seja de qual forma for, a condição jurídica de empresário (PRADO, 2004, p. 36).

A definição legislativa de empresário está disposta no artigo 966 do Código Civil, o qual estabelece que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Esta pessoa que desenvolve a atividade econômica pode ser física ou jurídica, lembrando-se que a infração à ordem econômica exige que este sujeito seja detentor de poder de mercado. Caso contrário, ou seja, na hipótese de o empresário ter cometido qualquer uma das condutas previstas no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8137/1990 e não possuir o poder de mercado, a sua conduta não será caracterizada como crime.

Na grande maioria das vezes, o sujeito que comete o crime de abuso de poder econômico, ou qualquer outro crime contra a ordem econômica ou financeira, não

possui o objetivo principal de prejudicar alguém. Possui como escopo primordial a busca por lucros cada vez maiores, uma vez que não consegue se satisfazer com a riqueza que possui, mesmo que esta já se demonstre suficiente.

Isto porque dentre todas as paixões dos indivíduos da nossa sociedade, consumista e egoística, “a ambição do dinheiro deve ser a maior, porque tem a força do instinto e não da inteligência, porque segundo o ambicioso, o dinheiro lhe dará tudo, até o poder, que é mando e autoridade, que é força e influência, que é posse e domínio” (BRANCO, 1982, p. 16).

É justamente esta ambição desenfreada do empresário em relação ao lucro, que leva o mesmo a afastar os valores morais e sociais e a cometer crimes. E quando punido, se sente injustiçado, pois não é capaz de distinguir o certo do errado.

3.2 SUJEITO PASSIVO

O caráter supraindividual da ordem econômica acarreta na impossibilidade de identificação de uma vítima individualizada. Até mesmo porque, ao tratar-se de ordem econômica, o que se pretende proteger é o interesse da coletividade.

Luiz Regis Prado entende que são considerados sujeitos passivos os empresários concorrentes que forem prejudicados no seu direito de livre concorrência e, alguns casos, até mesmo os consumidores (PRADO, 2004, p. 37).

No entanto, este entendimento não é unânime. Há autores que ampliam este rol, considerando como sujeitos passivos o povo e a Administração Pública (BRANCO, 1982, p. 3).

Por tratar-se de delito contra a ordem econômica, entende-se que este segundo posicionamento é o mais razoável, uma vez que devem ser considerados como sujeitos passivos tanto a Administração Pública quanto toda a coletividade pois, a violação da concorrência resulta em impactos à ordem econômica como um todo, produzindo efeitos não somente aos empresários, mas também a todos os consumidores, assim como ao poder público.

3.3 BEM JURÍDICO PROTEGIDO

A caracterização da conduta de abuso de poder econômico visa a tutela dos princípios constitucionais da livre concorrência¹³ e da livre iniciativa, garantindo-se, de tal forma, a proteção da ordem econômica. Desta forma, a incriminalização do abuso do poder econômico possui como bem jurídico a ser protegido a ordem econômica brasileira.

3.4 SANÇÕES

Aos que cometem as condutas previstas no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 a sanção prevista é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) e o pagamento de multa, sendo que esta sanção pode ser agravada, de 1/3 (um terço) até a metade, caso o delito ocasione grave dano a coletividade, seja cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou seja realizado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde, conforme estabelece o artigo 12 da Lei nº 8.137/1990.

A pena poderá ser atenuada de 1 (um) a 2 (dois) terços caso o delito seja cometido em quadrilha ou em co-autoria e o co-autor ou partícipe confessem espontaneamente à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, nos termos do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 8.137/1990.

Acerca desta confissão espontânea, destaca-se o posicionamento de Luiz Regis Prado (2004, p. 54):

¹³ Acerca da importância da concorrência e do fomento as pequenas e médias empresas, Luiz Regis Prado afirma que “é de notar que a concorrência é um princípio essencial ao sistema das empresas, de forma que, quanto maior for o número de empresas, em determinado ramo de produção ou comércio, maior será a competição de que se beneficia o público. Daí a necessidade dos governos de fomentar a pequena e média empresa, a fim de que não pereçam antes as grandes, em especial por meio da fixação artificial de preços e do controle sobre as redes de distribuição ou de fornecedores, entre outras” (PRADO, 2004, p. 40).

O problema que se coloca é quanto ao alcance da chamada revelação da trama criminoso e que ensejará a incidência dessa causa de redução. Caberá ao intérprete fixar tal alcance por meio de uma interpretação sistemática, cotejando o presente dispositivo com o contido no artigo 8º da Lei nº 8.072/1990 e no artigo 6º da Lei 9.034/1995. Assim, as revelações feitas espontaneamente deverão fornecer elementos para a identificação de outros membros da quadrilha, de co-autores ou partícipes, de forma a propiciar o esclarecimento do evento criminoso ou mesmo de outros, ainda em apuração ou *sub judice*.

Ademais, salienta-se a que a possibilidade de punição das pessoas jurídicas está expressamente prevista no artigo 11 da Lei nº 8.137/90, o qual estabelece que “*quem de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

Salienta-se que a pena cominada para o crime de abuso do poder econômico apresenta-se desproporcional a pena de outros crimes menos significantes. Por exemplo, ao indivíduo que comete furto qualificado por quebrar o vidro do carro para furtar o aparelho de som, recairá uma pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos, enquanto que os agentes econômicos que se beneficiam ilicitamente de milhões e milhões de reais estão sujeitos a uma pena máxima de 5 (cinco) anos.

Em decorrência da significância do dano do delito de abuso do poder econômico, a pena cominada a este crime deveria ser muito superior, o que tenderia a propiciar uma maior efetividade da pena. Ademais, com este mesmo intuito, poderiam ser previstas, além da pena de reclusão e de multa, por exemplo, as seguintes sanções: “*confisco especial, encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento, cassação temporária ou definitiva de licenças ou concessões, exclusão de concursos públicos, publicidade de sentenças, interdições profissionais, indenização das vítimas*” (COSTA; ANDRADE in PODVAL, 2000, p.116).

CONCLUSÃO

Os anseios capitalistas caracterizados pela busca exarcebada por maiores lucros e pela prática de condutas pautadas em interesses unicamente individuais foram bastante significantes para que restasse configurada a necessidade de intervenção estatal no domínio econômico, deixando o Estado de ser liberal para se tornar um Estado Social.

Assim sendo, a Constituição Federal inseriu em seu texto um capítulo próprio destinado à ordem econômica (artigo 170 e seguintes) e o Estado passou a regular certos setores da economia.

Diante da existência dos anseios capitalistas e da percepção de que o Direito Administrativo, sozinho, não consegue dar conta das imperfeições existentes nas relações mercantis, surgiu o Direito Penal Econômico, o qual possui como escopo reprimir e sancionar as condutas que, efetivamente ou potencialmente, violam a ordem econômica, como é o caso do abuso do poder econômico.

O delito de abuso do poder econômico está previsto no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, sendo que os detentores deste poder, em decorrência de deterem um vasto patrimônio, possuem a capacidade de influenciar nas decisões de outros agentes ou até mesmo nas decisões da própria Administração Pública, independentemente da vontade destes.

Este crime foi cometido por empresários que possuem a intenção de adquirirem lucros e vantagens cada vez maiores independentemente dos meios a serem perquiridos, sejam lícitos ou ilícitos.

Tendo em vista que o crime de abuso de poder econômico possui como sujeito ativo os indivíduos de “colarinho branco”, que possuem quantidade expressiva de riqueza, este delito é cometido tanto no âmbito das mais diversas instituições privadas, quanto no âmbito dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) do Estado.

Diante da vasta e significativa repercussão que este delito ocasiona à ordem econômica (bem jurídico protegido) são considerados como sujeitos passivos toda a coletividade e também a Administração Pública.

No entanto, a penalidade aplicada ao delito de abuso do poder econômico não é condizente com esta repercussão do dano. Isto porque a sanção prevista para quem comete este crime é a de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e o pagamento de multa. Esta pena pode ser agravada de 1/3 (um terço) até metade, caso o delito ocasione grave dano à coletividade, seja cometido por funcionário público no exercício de suas funções, ou seja, realizado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde, conforme estabelece o artigo 12 da Lei nº 8.137/1990.

A pena também poderá ser atenuada de 1 (um) a 2 (dois) terços caso o delito seja cometido em quadrilha ou em co-autoria e o co-autor ou partícipe confessem espontaneamente à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, nos termos do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 8.137/1990.

Enquanto os poderes estatais não tomarem medidas conscientizadas e efetivas para o combate do crime de abuso de poder econômico, assim como enquanto os aplicadores da justiça continuarem a ter medo de investigar e punir os grandes criminosos detentores de poder, a normalidade deste delito continuará a perpetrar em nossa sociedade, não havendo punição.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**. Tradução: Adriana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do**

colarinho branco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 11, p. 118-127, jul-set., 1995.

BOTTINI, Pierpaolo. **Independência das esferas administrativa e penal é mito.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>, acesso em 10.10.2013.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **A defesa dos empresários nos crimes econômicos.** São Paulo: Saraiva, 1982.

BRUNA, Sérgio Varella. **Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil.** 3ª ed. São Paulo: CIEE, 2007.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei.** Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CERVINI, Raúl. **Derecho Penal Económico – concepto y bien jurídico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 43, p. 81, abr. 2013.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. **Contexto e conceito para o Direito Penal Económico.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 829, p. 429, Nov. 2004.

DIPP, Gilson Langaro. **Crimes Econômicos – Aspectos práticos e jurídicos.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 32, p. 07, Abr. 2006.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____ (coord.). **Estudos de Direito Econômico e Economia as Concorrência: em homenagem ao Profº Dr. Fábio Nusdeo**. Curitiba: Juruá, 2009.

EL TASSE, Adel; PRADO, Luiz Regis (Coords). **Ordem econômica e direito penal antitruste**. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 4º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUARAGNI, Fábio André. **As razões históricas do surgimento do Direito Penal Econômico**. Curitiba, EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v. II, nº I, ano I, 2008, p. 31.

GUERRA, Sérgio (coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

MANGINI, Vito; OLIVIERI, Gustavo. **Diritto Antitrust**. Torino: Editore G. Giappichelli, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Reflexões a propósito dos princípios da livre**

iniciativa e da função social. Revista de Direito Público da Economia, ano 4, n. 16, out/dez, 2006.

MOREIRA, Vital. **Auto regulação profissional.** Coimbra: Almedina, 1997.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (Compartilhamento de infra-estruturas e redes).** São Paulo: Dialética, 2006.

NORTH, Douglass C. **The Institutional Economics and Development.** Disponível em: <http://qed.econ.queensu.ca/pub/faculty/lloyd-ellis/econ835/readings/north.pdf>, acesso em 07/09/2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** vol. 1. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico.** 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____ **O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau’ sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 101-132, out-dez, 2011.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. **Reflexões sobre os crimes econômicos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, p. 91, Jul. 1995.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Os fundamentos da tutela penal antitruste.** Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, São Paulo, v. 2, p. 857, Jul. 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. Revista de Direito da Concorrência, nº 6, abr/jun, 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. **Despenalização do Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?**. Doutrinas Essenciais de Direito penal. São Paulo, v. 08, p. 747, Out. 2010.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Reflexões sobre o Direito Econômico e a sua delimitação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 775, p. 432, Mai. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. **Economia política da pena**. Rio de Janeiro; Revan, 2009.

SMITH, A. **Wealth of nations**. Andrew Skinner (ed), Harmondsworth, Penguin, 1976.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder econômico y delito: introducción al derecho penal econômico y de la empresa.** Traducción de Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.