

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal

Renato Losinskas Hachul

**A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DO CADE NA APURAÇÃO DOS
CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

COGEAE – PUC/SP

São Paulo/2015

Renato Losinskas Hachul

**A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DO CADE NA APURAÇÃO DOS
CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito, sob a orientação do Professor Antonio Carlos da Ponte.

COGEAE – PUC/SP

São Paulo/2015

Renato Losinskas Hachul

**A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DO CADE NA APURAÇÃO DOS
CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito, sob a orientação do Professor Antonio Carlos da Ponte.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família pelo apoio e incentivo aos estudos, em especial ao meu irmão Ricardo Losinskas Hachul, colega da nobre profissão; e à Daphne Soares de Noronha, pelo suporte, auxílio, considerações e paciência enquanto o presente texto era elaborado.

Agradeço, ainda, ao professor Antonio Carlos da Ponte pelas brilhantes aulas proferidas durante o curso e fundamentais orientações no desenvolvimento do presente trabalho.

Por fim, agradeço aos amigos de escritório, em especial Leonardo Massud e Leandro Sarcedo, pelas diárias lições profissionais e pela incansável disposição em compartilhar seus conhecimentos jurídicos.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a relação entre as esferas administrativas e penais na proteção da ordem econômica. O escopo do trabalho é analisar até que ponto as esferas penais e administrativas são independentes e quais as consequências das decisões tomadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE no âmbito penal. O Direito Penal é a *ultima ratio*, portanto, este trabalho busca demonstrar que uma decisão administrativa proferida pelo CADE deve, inevitavelmente, gerar efeitos na esfera penal, principalmente se esta decisão for no sentido da não ocorrência de infrações à ordem econômica. Ademais, diferenciaremos as situações em que há um juízo positivo de ilicitude por parte do CADE, um juízo negativo e quando não há este juízo.

Palavras-chave: Direito Penal – Direito Administrativo – CADE – Ordem econômica – *Bis in idem* – Cartel – Independência das esferas.

ABSTRACT

This paper studied the relationship between administrative and criminal spheres in protecting the economic order. The scope of work is to analyze the extent to which criminal and administrative spheres are independent and the consequences of decisions taken by the Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE in criminal matters. Whereas the criminal law is the *ultima ratio*, this paper stresses that an administrative decision by CADE must inevitably generate effects in criminal cases, especially if the decision is towards the non-occurrence of administrative violations. Moreover, it's checked the theme in situations where there is a positive judgment of illegality by CADE, a negative judgment and when there is this judgment.

Keywords: Criminal Law - Administrative Law - CADE - Economic Order - Bis in idem - Cartel - Instance Independence.

SUMÁRIO

Introdução.....	08
 CAPÍTULO 1: OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ANTITRUSTE	
1.1. A evolução histórica do Direito Antitruste no mundo.....	11
1.2. A evolução histórica do Direito Antitruste no Brasil.....	16
1.3. O atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....	20
1.4. A importância da tutela da livre concorrência.....	26
 CAPÍTULO 2: INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	
2.1. O bem jurídico tutelado e a necessidade da dupla proteção.....	31
2.2. Espécies de mercado e tipos de condutas anticoncorrenciais.....	34
2.2.1. Acordo entre concorrentes.....	37
2.2.2. Abuso de posição dominante.....	38
2.2.3. Concentrações.....	40
2.3. Tutela administrativa.....	40
2.4. Tutela penal.....	44
 CAPÍTULO 3: A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DO CADE NA ESFERA PENAL	
3.1. Considerações iniciais.....	48
3.2. Quando há juízo positivo de ilicitude.....	49
3.3. Quando há juízo negativo de ilicitude.....	57
3.4. Na ausência de juízo de ilicitude.....	66
 Conclusão.....	 70
 Bibliografia.....	 75

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa de que forma as instâncias penais e administrativas interagem no âmbito das infrações à ordem econômica.

Atualmente há uma tendência de ampliação do Direito Penal, que abarca a cada dia novas condutas consideradas lesivas a bens jurídicos. A própria noção de bem jurídico digno de tutela penal tem se expandido, a fim de alcançar a denominada criminalidade econômica.

Em paralelo, há um movimento no sentido de se aumentar a punição administrativa de agentes infratores, no que alguns denominam Direito Administrativo Sancionador. No âmbito da ordem econômica essa tendência é facilmente percebida na atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Economia – CADE, órgão administrativo incumbido por lei de competência para analisar e julgar infrações à ordem econômica.

Diante desse cenário de incremento do poder punitivo estadual, se manifestando tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal, torna-se indispensável compreender a interação que existe entre ambas, a fim de que princípios caros à sociedade não sejam erroneamente mitigados.

No âmbito brasileiro, a proteção do bem jurídico ordem econômica se manifesta na previsão legal de infrações administrativas, descritas no artigo 36 da Lei nº 12.529/11, e de infrações penais, previstas no artigo 4º da Lei nº 8.137/90.

Ocorre que, em muitos casos, ambas as leis possuem simetrias inafastáveis, sendo fundamental entender a relação entre as manifestações do CADE e do Poder Judiciário. A título de exemplo, havendo simetria nas previsões legais, poderia um mesmo fato cometido por um mesmo agente ser considerado crime pelo Poder Judiciário e um fato atípico pelo Tribunal Administrativo do CADE?

São a questionamentos dessa ordem que o presente texto busca trazer caminhos para uma resposta plausível e em acordo com os princípios constitucionais penais.

Para tanto, em um primeiro momento, faz-se necessário entender a origem do Direito Antitruste e qual a sua importância para o funcionamento da sociedade, buscando identificar de antemão se a opção legislativa pela dupla punição se mostrou acertada.

Assim, o primeiro capítulo se dedica aos fundamentos do direito antitruste, iniciando-se pela sua evolução histórica no mundo, a fim de demonstrar como os seus princípios e ideias se desenvolveram até alcançar o atual patamar, passando pela evolução histórica dentro do Brasil, a demonstrar as particularidades da matéria em nosso ordenamento jurídico.

Após o indispensável escopo histórico, ainda no primeiro capítulo, é traçado breve estudo acerca do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, do qual o CADE é órgão integrante, demonstrando-se a importância e o funcionamento desse órgão administrativo, a justificar que suas decisões possuam influência no âmbito penal.

Em seguida, analisa-se qual a importância da tutela da ordem econômica, cuja proteção está prevista no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, sendo abordadas as principais escolas de pensamento antitruste no mundo (Harvard, Chicago e Ordoliberal), a fim de explicar como elas enxergam a função exercida pela livre concorrência no mercado.

Esclarecidos os fundamentos do antitruste, é possível adentrar na análise específica das infrações contra ordem econômica, da qual se trata o segundo capítulo.

Em princípio, busca-se um conceito de bem jurídico e qual a sua importância, para depois analisar se, de fato, há a necessidade da previsão de infrações à ordem econômica no âmbito administrativo e no âmbito penal.

Para um melhor entendimento dos tipos penais e administrativos, é traçado um panorama acerca das formas de mercado existentes, abordando os mercados monopolizados, oligopolizados, com concorrência imperfeita e com concorrência perfeita, especificando de que forma as condutas comerciais das empresas se revestem de caráter anticoncorrencial, seja por meio de acordo, abuso de posição dominante ou concentrações.

Entendida a forma de atuação dos agentes econômicos nos diversos tipos de mercado, é aprofundado o estudo sobre as infrações à ordem econômica em espécie, verificando-se cuidadosamente sua previsão administrativa nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529/11 e sua previsão penal no artigo 4º da Lei nº 8.137/90.

Por fim, após a análise aprofundada do direito antitruste e seus fundamentos, bem como os tipos de condutas praticados por agentes do mercado que se revestem de ilicitude e a forma como o legislador tutelou a ordem econômica no âmbito administrativo e penal, com suas semelhança e diferenças, é possível identificar a repercussão das decisões do CADE na esfera penal.

O capítulo terceiro se incumbe de verificar detidamente qual o grau de influência das decisões do CADE no âmbito penal nas mais diversas situações.

A primeira situação debatida é a ocorrência de um juízo positivo de ilicitude por parte do Tribunal Administrativo do CADE, após o regular e correto trâmite do procedimento administrativo, anterior a qualquer tipo de manifestação pelo Poder Judiciário. Qual a influência dessa decisão administrativa na seara criminal?

Para viabilizar uma resposta satisfatória a tal questionamento é efetuado um levantamento sobre as posições doutrinárias referentes à existência ou não de diferença entre as infrações penais e administrativas, e se eventual dupla condenação caracterizaria *bis in idem*.

Ultrapassada tal questão, parte-se para a análise das situações em que o CADE exarou uma decisão de atipicidade da conduta. Considerando-se o CADE o órgão administrativo mais importante na proteção da livre concorrência, sendo competente para analisar e julgar infrações à ordem econômica, a questão que se coloca é: caso esse órgão, após o correto trâmite processual administrativo, se manifeste pela não aplicação de sanção a determinado fato, poderia o Direito Penal punir o agente?

A resposta a tal problema não é pacífica na doutrina, o que motivou a necessidade de se traçar todos as correntes de pensamento acerca da existência ou não de independência entre as esferas, aprofundando-se em uma análise processual-penal das condições da ação.

Por fim, o estudo se encerra com o entendimento da situação em que o CADE ainda não proferiu nenhum juízo acerca de determinada conduta. O ponto crítico debatido a existência ou não de uma condição objetiva de procedibilidade a impedir o início de uma ação penal.

CAPÍTULO 1: OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ANTITRUSTE

1.1. A evolução histórica do Direito Antitruste no mundo

A concorrência, como fenômeno de competição entre fornecedores de produtos e serviços, existe desde o início da sociedade humana. Basta que duas pessoas estejam interessadas em vender ou trocar bens de consumo ou serviço a terceira pessoa que haverá concorrência entre elas.

Dessa forma, é possível identificar mecanismos de regulação do poder econômico antes do surgimento do próprio capitalismo ou do conceito de mercado liberal.

Contudo, tais manifestações históricas não devem ser confundidas com a existência de um Direito Antitruste tal como concebido hoje, “como técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”¹.

As regras sobre concorrência nos primórdios históricos visavam, basicamente, disciplinar as condutas dos agentes e não propriamente traçar mecanismos de tutela da livre concorrência visando à implementação de políticas públicas pelo Estado.

Há relatos de que na Grécia Antiga existiam regulamentações contra determinados monopólios, mas não exatamente por considerarem estes prejudiciais à economia ou ao mercado, mas por simples questões práticas pontuais em que certas concentrações afetavam o acesso da população a alguns bens essenciais. Os próprios governantes instituíam alguns monopólios, principalmente em períodos de dificuldades econômicas ou de guerras, a fim de garantir o fornecimento de mercadorias à população.

Na Roma Antiga, os monopólios estatais também eram comuns, sendo que no fim do Império todo o setor de distribuição de alimentos estava em mãos de monopólios concedidos pelo governo aos particulares.

¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

Em 483 d.c., contudo, a política de monopólios foi coibida pelo Édito de Zenão, visando impedir o abuso de preços e o açambarcamento de mercadorias². As normas que regulavam a atuação dos monopólios romanos visavam especificamente ao controle do abuso do poder econômico, evitando-se prejuízos à população no acesso às mercadorias. Mais uma vez, importante ressaltar, referidas normas não tinham a característica própria do que hoje denominamos Direito Antitruste, pois não eram usadas pelo Estado na busca de implementações de políticas públicas, pautando-se, apenas, na repressão a práticas abusivas pontuais.

Com o avanço da civilização, temos, no período da Idade Média, o surgimento das corporações de ofício. Tais corporações eram baseadas nas figuras do artesão e do aprendiz, sendo que apenas os seus membros poderiam aprender o ofício e desenvolver as atividades econômicas, num nítido caráter de dominação de mercado, com barreiras à entrada de concorrentes. Importante salientar que não houve nenhuma interferência estatal no surgimento de tais corporações, que nasceram de forma espontânea, baseada na vontade dos comerciantes de protegerem seus interesses comuns.

Essas corporações possuíam normas próprias visando mitigar ao máximo a concorrência, estabelecendo regras de monopólios, proibição de competição entre os associados e fixando o poder de fiscalização da corporação sobre os seus membros, havendo, inclusive, controle de quantidade e de qualidade da produção, bem como do preço.

Como todos os eventos históricos que seguem uma tendência pendular, com o aumento do monopólio e o total controle do mercado pelas corporações de ofícios, começaram a surgir posições contrárias a tal domínio do poder econômico.

Em 1540, Carlo V promulgou uma lei inspirada no Édito de Zenão da Roma Antiga, vedando o pacto de monopólios. Contudo, havia uma distinção entre monopólios lícitos e ilícitos, sendo os lícitos aqueles outorgados pelos soberanos visando o bem comum³. Tais monopólios foram largamente utilizados nas expedições marítimas expansionistas em busca de novas colônias.

² MANGONARO, Junio César. **A influência dos cartéis internacionais nas políticas macroeconômicas brasileiras**. Disponível em: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista006/carteles.htm>>. Acesso em: 28.11.2014.

³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

A Idade Moderna, por sua vez, foi marcada pela predominância do Absolutismo Monárquico, caracterizado pela concentração dos poderes nas mãos do rei, substituindo o antigo sistema feudal pelo Mercantilismo, consistente na formação de um mercado nacional, a partir da unificação da moeda e das leis, com intensa intervenção estatal. Os monopólios lícitos eram amplamente utilizados, principalmente no relacionamento com as colônias, cujos preços eram unilateralmente estipulados, eliminando-se qualquer tipo de concorrência.

Mais uma vez teve início de uma onda de oposição aos monopólios lícitos, autorizados pelos reis aos particulares, principalmente por parte da burguesia inglesa no final do século XVI, onde seu Parlamento, em 1624, aprovou o *Statue of Monopolies*, que impedia a concessão de monopólios pelo Rei, limitando seu poder⁴. Segundo Paula A. Forgioni, esse momento pode ser apontado como o início da história do antitruste tal como conhecido hoje⁵.

Evento histórico importante na evolução da concorrência foi a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, ainda no final da Idade Moderna, aproximadamente em 1760, e que se intensificou a partir de 1860, ultrapassando, inclusive, os limites do continente europeu, principalmente nos Estados Unidos.

Com o desenvolvimento da indústria, os antigos artesanatos compostos de mestres e aprendizes foram substituídos por fábricas em que um patrão assumia os riscos do empreendimento, não havendo mais a proteção econômica específica das corporações de ofício. Diante desse novo cenário surgiu a necessidade de uma verdadeira concorrência entre os agentes.

As antigas regras das corporações de ofício, com controle de qualidade e quantidade produtiva, além dos preços, não mais interessavam aos agentes econômicos proprietários de grandes fábricas. Neste ponto, necessário esclarecer que tais agentes não almejavam a concorrência por si, pois esta é sempre perigosa, sujeitando-os à perda de mercado e falência. A quebra das regras das corporações de ofício visava tão somente a possibilidade de expandirem livremente em busca de novos mercados, aumentando seus lucros sem restrições.

⁴ PANTONI, Roberta Alessandra. **Livre iniciativa e livre concorrência na obra “A riqueza das nações” de Adam Smith.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807>. Acesso em: 28.11.2014.

⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 51.

É nesse contexto que se fortalece a ideia de livre concorrência e livre iniciativa, sem qualquer intervenção estatal, onde os agentes econômicos mais capacitados conquistariam os consumidores e sobreviveriam no mercado, em detrimento dos demais, na aplicação fria da regra da oferta e da procura. Nas precisas lições de Paula A. Forgioni:

“A concorrência passa a ser encarada como solução para conciliar liberdade econômica individual e interesse público: preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se ao interesse público (preços inferiores aos de monopólio, melhora na qualidade dos produtos, maior nível de atividade econômica, etc.), ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.

A concorrência é o antídoto natural contra o grande mal dos monopólios, apta a regular o mercado, conduzindo ao bem-estar social, sem a necessidade de intervenção estatal, ou seja, a existência do livre mercado seria assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena. Por esse motivo, nesse momento histórico, não havia maiores preocupações em se impor limites à liberdade de concorrência.”⁶

Ocorre que a atuação livre e desenfreada de agentes econômicos no mercado acabou gerando grandes concentrações de riquezas potencialmente prejudiciais à economia, exigindo-se uma certa regulamentação. Foi a partir do segundo período da Revolução Industrial, impulsionada pelo crescimento acentuado do livre mercado industrial e de consumo, que surgiram os grandes conglomerados de empresas (*holdings*), as grandes sociedades anônimas, bem como os acordos para dividir mercados e limitar a concorrência.

Nos Estados Unidos da América, especificamente, com o grande desenvolvimento dos transportes, principalmente o ferroviário, teve início um mercado de cunho nacional, incentivando a exploração da economia em escala. Ainda, a falta de regulamentação do mercado, permitindo-se que apenas a concorrência livre pautasse a atuação dos agentes gerou uma grande onda de fusões e aquisições, em que pequenas empresas eram praticamente exterminadas, criando-se imensos monopólios.

No mercado desenfreado, a guerra pela conquista dos consumidores afetava os preços dos produtos ao ponto de prejudicar o lucro das companhias. Desta forma, teve início uma organização entre os agentes econômicos por meio de cartéis e, posteriormente, por trustes,

⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

visando o aumento artificial dos preços. A *Standard Oil* é o principal exemplo de truste da época.

A sociedade norte americana, portanto, no fim do século XIX, estava dominada por grandes monopólios e alta concentração do poder econômico. Tal circunstância, respeitando-se o movimento pendular da história humana, acabou desenvolvendo movimentos oposicionistas, principalmente por parte de pequenos produtores e consumidores.

Foi nesse contexto histórico, de senso de revolta dos pequenos produtores e da classe trabalhadora contra os grandes monopólios, que, em 2 de julho de 1890, houve a promulgação do *Sherman Act*, considerado por muitos doutrinadores o ponto de partida para o estudo jurídico do Antitruste⁷, que protegia o mercado dos monopólios.

Ainda, em 1914, foi promulgado o *Clayton Act*, que criava um controle das estruturas econômicas, vedando algumas práticas anticoncorrenciais, e o *Federal Trade Comission Act*, que criou a Agência Antitruste norte-americana.

Neste mesmo ano, contudo, inicia-se a Primeira Grande Guerra Mundial que passa a exigir uma economia voltada para a produção de produtos essenciais aos exércitos, exigindo dos Estados uma maior intervenção.

Após o fim da Guerra Mundial há uma grande recessão da economia norte-americana, culminando com a crise de 1929. A saída adotada pelo governo foi uma forte intervenção estatal, por meio do programa *New Deal*. O estado passou a dirigir a economia a fim de evitar novas crises, mas procurando respeitar a livre concorrência.

A atuação estatal baseava-se nos conceitos da Escola de Harvard, que se utilizava do paradigma estrutura, conduta e desempenho. Para tal teoria, a estrutura do mercado determina a conduta dos agentes econômicos e, a conduta destes, determina sua performance no mercado⁸.

⁷ ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito antitruste e crise-perspectivas para a realidade brasileira**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17122013-082130/>>. Acesso em: 28.11.2014, p. 13.

⁸ Idem, p. 18.

Segundo essa teoria estruturalista, a existência de poder de mercado era condicionante para a presença de efeitos anticompetitivos⁹.

Foi nesse ponto histórico que o Direito Econômico se concretiza, com o estado utilizando-se de instrumentos jurídicos para dirigir a economia, sem a necessidade de adoção de uma ditadura ou de um sistema de poder ostensivo¹⁰. Os mecanismos antitruste passam a ser utilizados como instrumentos de efetivação de políticas públicas, tal como conhecemos hoje.

1.2. A evolução histórica do Direito Antitruste no Brasil

Com o descobrimento do Brasil em 1500 iniciou-se o período colonialista, no qual basicamente inexistia um mercado interno estruturado, havendo uma política fiscalista por parte da metrópole, que impunha altos impostos à colônia visando abastecer os cofres públicos.

O Brasil era utilizado para prover Portugal com pau-brasil em um primeiro momento e, posteriormente, cana-de-açúcar e pedras preciosas, em evidente monopólio por parte da metrópole, que impedia a colônia de desenvolver qualquer tipo de indústria que pudesse gerar concorrência, possuindo exclusividade na aquisição e venda de produtos, inclusive com a estipulação de preços.

Nesse momento histórico não havia nenhum interesse por parte da metrópole em desenvolver social e economicamente a colônia, havendo forte intervencionismo e exploração das riquezas naturais.

Apenas com a transferência do estado português para o Brasil e a chegada de D. João VI são adotadas medidas econômicas que visam fomentar o desenvolvimento do país.

Em 1808 há a abertura dos portos para as nações amigas, permitindo o comércio entre a colônia e outros países que não Portugal, principalmente a Inglaterra. No mesmo ano foi criado o Banco do Brasil e revogado o Alvará de 05 de janeiro de 1785, que proibia a instalação

⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de. **Aspectos históricos da defesa da concorrência**. In: CORDOVIL, Leonor...[et al.] Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.259, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 78.

de manufaturas e indústrias no Brasil. Em que pese a autorização para a instalação de indústrias nacionais, a concorrência com o mercado externo em virtude da abertura dos portos acabou por dificultar o desenvolvimento industrial no país.

Mesmo após a independência do país em 1822, durante o período Imperial perdurou a dominação da aristocracia rural no governo e a aliança com a Inglaterra, a maior compradora dos produtos brasileiros, não havendo grandes políticas envolvendo a defesa da concorrência.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal Brasileira em 1934 surge referência expressa acerca da liberdade econômica, que em seu artigo 115 dispunha: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Referido dispositivo previa que a liberdade econômica não era plena, estando limitada pelos princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional. Dessa forma, o Estado poderia intervir na economia, desde que em prol de interesses maiores da sociedade. Tal situação fazia-se necessária ante a crise econômica que permeou a década de 30 por conta dos acontecimentos de 1929 em Nova Iorque.

A Constituição Federal de 1937, por sua vez, dispôs acerca da iniciativa privada em seu artigo 135, afirmando:

“Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

A intervenção estatal, portanto, poderia se dar por meio de controle, estímulo ou gestão direta para suprimir deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção.

Por outro lado, o artigo 141 do texto constitucional previa que “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 processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

Assim, estabeleceu-se o princípio da proteção à economia popular, dando ensejo à edição do Decreto-Lei nº 869 de 1938, que apontava os crimes que afrontavam a economia, como se fossem crimes contra o Estado¹¹, sendo considerado o primeiro diploma de caráter antitruste no Brasil, buscando, especificamente, a tutela do consumidor.

Dessa forma, temos no Brasil uma particularidade com relação ao surgimento da legislação antitruste, que não visava especificamente a tutela da livre concorrência, como nos Estados Unidos da América, mas sim reprimir o abuso do poder econômico visando tutelar o interesse da população consumidora¹².

A primeira tentativa de criação de um órgão de defesa da concorrência, por sua vez, ocorreu em 1945, com o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, que, em seu artigo 19, cria a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, órgão responsável pela aprovação de determinados atos que pudessem influenciar a economia, tais como fusões, aquisições, acordos, e ajustes entre empresas. Referida legislação ainda, tratou das infrações à ordem econômica no âmbito administrativo e não penal, como fazia o Decreto-Lei nº 869 de 1938.

Ocorre que o Decreto-Lei nº 7.666/45, de iniciativa do Ministro Agamenon Magalhães durante o Governo Vargas, de caráter nacionalista de proteção do mercado nacional de ataques

¹¹ Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Art. 2º São crimes dessa natureza: I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo; II - abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição; III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio; IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços; V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência; VI - provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício; VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas; VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência; [...entre outros]. Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000. Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego: I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor; II - transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias; III - obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo", etc.); [...entre outros]. Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000.

¹² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 100.

de cartéis e grandes corporações estrangeiras, foi revogado logo após a queda do Presidente Getúlio Vargas.

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1946 que, pela primeira vez no país, houve a normatização constitucional do princípio de repressão ao abuso do poder econômico, em seu artigo 148, que assim dispôs:

“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.”

Apenas em 1962, com a Lei nº 4.137, regulamentou-se o artigo 148 da Constituição Federal de 1946, a qual criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico em todo o território nacional.

Apesar da criação do CADE, a aplicação prática da Lei nº 4.137/62 foi limitada em virtude da atuação do Poder Judiciário que usualmente suspendia e anulava as decisões proferidas pelo órgão.

Com a Constituição Federal de 1988, por sua vez, foi sedimentada a defesa à livre iniciativa e à ordem econômica, por meio do Título VII “*Da Ordem Econômica e Financeira*”, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica, em seu artigo 170, quais sejam: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Em 1990, é promulgada a Lei nº 8.137/90, a qual, em seus artigos 4º a 7º, define os crimes contra a ordem econômica e relações de consumo.

Com o Governo Collor e uma política de abertura da economia nacional, foi promulgada a Lei nº 8.158/91, visando permitir que o mercado se autorregulasse, mas que o Governo possuísse mecanismos para impedir abusos do poder econômico.

Referido diploma criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, que tinha como propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre

concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. Com a atuação junto à SNDE, o CADE passou a proferir decisões mais técnicas, em casos de grande repercussão.

Contudo, com o início de um período de forte inflação monetária, que distorcia profundamente o sistema de preços e afetava o funcionamento do livre mercado, tornou-se difícil a aplicação efetiva da lei antitruste¹³.

Sobreveio, em 1994, a Lei n.º 8.884, a qual consolidou a legislação concorrencial, transformando o CADE em autarquia federal dotada de orçamento próprio, implementando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto pela atuação do CADE em conjunto com a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, ambas subordinadas ao Ministério da Fazenda.

Durante a vigência da Lei nº 8.884/94 houve grande progresso do Direito Antitruste no Brasil, consolidando-se o controle das concentrações empresariais, o controle dos cartéis, o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e o aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste¹⁴.

Em 2011, foi promulgada a Lei nº 12.259, revogando os dispositivos da Lei nº 8.884/94, que, dentre outras mudanças, reestruturou profundamente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

1.3. O atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Antes da Lei nº 12.259/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não existia expressamente, sendo um consenso denominar a atuação conjunta do CADE, SEAE e SDE como tal sistema.

¹³ ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito antitruste e crise-perspectivas para a realidade brasileira**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17122013-082130/>>. Acesso em: 28.11.2014, p. 32.

¹⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

Com o advento da Lei nº 12.259/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC passou a ser expressamente previsto no artigo 3º de mencionado diploma legal, sendo formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda.

A nova estrutura do SBDC extinguiu a Secretaria de Direito Econômico – SDE, cujas atribuições eram de instrução, principalmente jurídica, de atos de concentração e processos de conduta anticoncorrenciais. A atuação desse órgão foi incorporada na nova estrutura do CADE.

O CADE, por sua vez, permanece como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, sendo órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional. Atualmente o CADE é composto pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é o órgão judicante, sendo composto por um presidente e seis conselheiros nomeados pelo Presidente da República depois de aprovação pelo Senado Federal, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, com dedicação exclusiva e mandato de quatro anos.

O Plenário do Tribunal é competente para, nos termos do artigo 9º da Lei nº 12.259/2011: “(I) zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; (II) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; (III) decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; (IV) ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; (V) aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; (VI) apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; (VII) intimar os interessados de suas decisões; (VIII) requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; (IX) contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei; (X) apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei,

fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; (XI) determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; (XII) requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; (XIII) requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais; (XIV) instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; (XV) elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos; (XVI) propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal; (XVII) elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei; (XVIII) requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e (XIX) decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos”.

Dentre as diversas competências da autarquia, a mais relevante para o desenvolvimento do presente estudo é a prevista no inciso II de referido artigo legal, que afirma ser o CADE, por meio do plenário de seu Tribunal, o órgão competente para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei.

Conforme será adequadamente desenvolvido no terceiro capítulo deste estudo, uma questão fundamental que se coloca é acerca do impacto das decisões do CADE na apreciação de crimes contra a ordem econômica por parte do Poder Judiciário.

Sendo o CADE o órgão da administração pública especializado em defesa da concorrência e, por meio de seu Tribunal, competente para analisar a existência de infrações contra a ordem econômica, quais são os efeitos de eventual decisão que, por exemplo, ao analisar determinada situação fática, entender não estar caracterizada uma infração contra a ordem econômica? Poderá o Judiciário, ao analisar a mesma situação sob o prisma do direito penal, entender de forma diversa? Essa questão será detidamente analisada no **capítulo 3** do presente estudo.

A Lei nº 12.529/11 prevê, ainda, que “As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas

atribuições”, conforme consta do §2º do artigo 9º. Essa previsão visa garantir a independência funcional do órgão, evitando-se a revisão de suas decisões por um Ministro de Estado ou pelo Presidente da República.

Além do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o CADE possui uma Superintendência-Geral, composta por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos.

O Superintendente-Geral é nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovação pelo Senado Federal, sendo maior de 30 (trinta) anos, com notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, tendo um mandato de dois anos com dedicação exclusiva. Os Superintendentes-Adjuntos são indicados pelo Superintendente-Geral.

A Superintendência –Geral, nos termos do artigo 13 da Lei 12.529/11, é competente para: “(I) zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; (II) acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; (III) promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (IV) decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; (V) instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica”.

Importante notar seu papel de apuração e investigação de infrações à ordem econômica. Para tanto, possui competência para, nos termos do inciso VI, do artigo 13 do mencionado diploma legal: “(VI) no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei: a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades

e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei; c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos; d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal; e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de qualquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem”.

Ainda, a Superintendência-Geral é competente para: “(VII) recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (VIII) remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; (IX) propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; (X) sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; (XI) adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; (XII) receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; (XIII) orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; (XIV) desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; (XV) instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão; (XVI) exercer outras atribuições previstas em lei; (XVII) prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das

investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e (XVIII) adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário”.

Portanto, temos na Superintendência-Geral o órgão responsável por apurar e investigar as infrações contra a ordem econômica, dispondo de diversos mecanismos para tanto, tais como requisição de informações, inspeções nas sedes das empresas e requisição de ordens de busca e apreensão junto ao Poder Judiciário.

Por fim, compõe a estrutura do CADE o Departamento de Estudos Econômicos, “dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão”, nos termos do artigo 17 da Lei nº 12.529/11.

O Economista-Chefe é nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico.

Além desses órgãos, funciona junto ao CADE uma Procuradoria Federal Especializada, cujas principais funções são prestar consultoria e assessoramento jurídico ao CADE, e representá-lo judicial e extrajudicialmente.

Dessa forma, tem-se no CADE o principal órgão de defesa da concorrência no Brasil, que, mediante a atuação conjunta de seus três órgãos internos, possui plena capacidade para qualificadamente investigar e julgar infrações contra a ordem econômica, uma vez que é composto por juristas e economistas de notório saber, com dedicação exclusiva e, portanto, especialistas na área de atuação.

Além do CADE, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda. Nos termos do artigo 19 da Lei nº 12.529/11, a Secretaria é competente para “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: (I) opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender

pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; (II) opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; (III) opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; (IV) elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; (V) elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; (VI) propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; (VII) manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; (VIII) encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo”.

Dessa forma, temos, a partir da Nova Lei de Defesa da Concorrência, um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência composto por dois órgãos especializados, o CADE e a SEAE, visando uma maior eficiência no combate às infrações contra à ordem econômica.

1.4. A importância da tutela da livre concorrência

A importância da tutela da livre concorrência é inegável, mas, conforme será demonstrado ao longo do presente item, há uma grande discussão doutrinária acerca de qual seria o objetivo primordial dessa tutela.

Atualmente, entende-se que não é possível traçar um objetivo macro da defesa da concorrência a ser aplicável indistintamente em todos os ordenamentos jurídicos existentes. O

objetivo da defesa da concorrência depende da política econômica em vigor em determinada época e país¹⁵.

De toda forma, é de grande valia entender as principais escolas de pensamento que tentam responder qual a função do direito antitruste e que objetivos pretende alcançar¹⁶.

A primeira escola de pensamento do antitruste é a Escola de Harvard, também conhecida como Escola Estruturalista. Essa corrente de pensamento surgiu no início da década de 1940 e teve grande influência na atuação antitruste dos Estados Unidos da América até a década de 1970. Seus grandes pensadores foram Areeda, Turner e Sullivan.

A Escola de Harvard se preocupa, sobretudo, com a estrutura do mercado, defendendo a concorrência como um fim em si mesma. Seguindo o paradigma estrutura, conduta e desempenho, os seus adeptos entendem que a estrutura do mercado afeta a conduta dos agentes que, por sua vez, é responsável pelo desempenho deles no mercado.

A estrutura pode ser definida como o grau de concentração da oferta de bens e serviços, ou seja, a existência ou não de concentração de poder econômico. A conduta, por sua vez, é o comportamento dos agentes dentro do mercado, suas estratégias de competição, que resultarão no seu desempenho, ou seja, a sua performance¹⁷.

Para os adeptos dessa corrente, o correto funcionamento do mercado necessita de uma estrutura pulverizada, sem concentração de poder econômico. Se houver uma estrutura de mercado deficiente, com forte concentração de poder econômico, fatalmente a conduta dos agentes será deficiente, implicando em um desempenho deficiente.

¹⁵ Conforme os ensinamentos de Paula A. Forgioni, “A Lei Antitruste desempenhará, em determinados sistema jurídico e momento histórico, *função diversa* daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos. Discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que sejam referidos o país, a lei e o momento de que se trata, são, de certa maneira, estéreis.” (in **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 161/162).

¹⁶ Não se pretende aprofundar nas complexidades da questão, por não ser o escopo do trabalho. Para uma melhor compreensão do tema sugere-se a leitura das obras Os fundamentos do antitruste, de Paula A. Forgioni, e Direito Concorrencial, de Calixto Salomão Filho.

¹⁷ ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. **A florescência da cooperação jurídica internacional no combate aos cartéis transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13022014-160855/>>. Acesso em: 28.11.2014, p. 49.

Em síntese acerca das ideias defendidas pela Escola de Harvard, Calixto Salomão Filho afirma:

“Os defensores dessa teoria dão ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste. Para esses autores a estrutura do setor determina predominantemente a *performance* da indústria respectiva. Em uma indústria concentrada as firmas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação dos produtos.

Para esses pensadores, existindo apenas alguns vencedores no mercado, diminuem os custos e as dificuldades de uma atuação concertada. Em tais estruturas industriais, através de acordos de atuação concertada tácita ou explicitamente, as firmas acabarão por diminuir a produção e aumentar os preços. A preocupação é muito menos com a eficiência e mais com a existência efetiva da concorrência.”¹⁸

Na década de 1970 surge a Escola de Chicago, que, em oposição às ideias da Escola de Harvard, sustenta o mínimo controle estatal sobre a economia. Os adeptos dessa corrente defendem a eficiência alocativa do mercado, que pode ser entendida como a habilidade de produzir a custos menores e, portanto, reduzir os preços ao consumidor, gerando seu bem-estar¹⁹.

Uma das inovações trazidas por esses pensadores é a utilização da análise econômica dos instrumentos antitruste. Dessa forma, os monopólios e concentrações de poder não são um mal a ser combatido, sendo analisados do ponto de vista da eficiência alocativa, ou seja, se são aptos a gerar uma redução nos custos de produção e, conseqüentemente, um preço final menor ao consumidor.

A maior oposição aos pensamentos da Escola de Chicago se deu por meio da Escola Ordoliberal ou Escola de Freiburg. As principais divergências estão no conceito de bem-estar do consumidor, excessivamente limitado, que desconsidera outros fatores importantes para a sua satisfação; e na forma como era desenvolvido o conceito de concorrência, que para os representantes dessa Escola não se pode atribuir ao direito concorrencial um objetivo predeterminado, como a eficiência alocativa²⁰.

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 39/40.

¹⁹ ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. **A florescência da cooperação jurídica internacional no combate aos cartéis transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13022014-160855/>>. Acesso em: 28.11.2014, p. 51.

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 43.

Outra crítica é a presunção de que os agentes do mercado, ao alcançarem maior eficiência alocativa, conseguindo produzir a custos mais baixos, irão necessariamente reverter tal redução ao consumidor, reduzindo os preços de venda.

Em resumo das ideias da Escola de Freiburg, Calixto Salomão Filho diz:

“Para seus representantes a garantia da competição é fundamento essencial para assegurar o funcionamento econômico de uma economia de mercado. A organização ideal da ordem privada é aquela que permita a “autocoordenação” e o “autocontrole”. O Direito deve criar as condições para que ambas as garantias se efetivem: a “autocoordenação” é garantida através das transações privadas, para as quais o direito de propriedade e o direito das obrigações são elementos organizativos fundamentais. Já, a segunda ordem, “autocontrole”, torna-se efetiva na medida em que a concorrência efetiva se viabiliza. “Os padrões transitórios de alocação e distribuição produzidos pela autocoordenação e autocontrole refletem uma ordem espontânea” (“The transitory patterns of allocation and distribution produced by self-coordination and self-control reflect a spontaneous order”). É esse tipo de preocupação – a possibilidade de efetiva competição – que deve ter guarida no direito concorrencial.”²¹

No Brasil especificamente, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 170, a livre concorrência e a defesa do consumidor como princípios da ordem econômica. Assim, a concorrência é vista como um instrumento para o alcance de outro bem, que norteia todo o nosso ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana, não se limitando a uma simples defesa do livre mercado.

Em síntese da tutela da livre concorrência no Brasil, Paula A. Forgioni afirma:

“Isso tudo significa que, no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.”²²

A livre concorrência como um princípio constitucional, deve ser entendida como “liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdades públicas”²³. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 42.

²² FORGIONI, Paula A., **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 189.

²³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 16ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 207.

“A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.”²⁴

Segundo Calixto Salomão Filho, o legislador brasileiro adotou a pluralidade de interesses na legislação antitruste, objetivando a um só tempo a livre concorrência e a proteção do consumidor. A proteção da livre concorrência invoca a igualdade de condições mínimas de concorrência, com liberdade de acesso e permanência no mercado, ou seja, uma preocupação com as estruturas ou práticas que possam falsear a igualdade de condições mínimas. A defesa dos consumidores, por sua vez, enquanto titulares imediatos das regras concorrências, preocupa-se com a eficiência alocativa e a correta distribuição de seus benefícios entre os agentes e os consumidores, ou seja, que o menor custo de produção resulte em um menor preço dos produtos ao consumidor.²⁵

²⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado, parecer publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", p. 50, em 04.06.1989, apud GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 207/208.

²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 82.

CAPÍTULO 2: INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

2.1. O bem jurídico tutelado e a necessidade da dupla proteção

Conceituar o que vem a ser bem jurídico é uma questão de grande relevo entre os pensadores do Direito Penal, especialmente após o surgimento do Direito Penal Econômico, que tutela a ordem econômica por meio de leis penais.

A tutela da ordem econômica, que seria um bem jurídico difuso, é extremamente questionada por parte da doutrina, que discute a possibilidade de existir um bem jurídico coletivo, que não afete uma vítima específica. Ainda, alguns pensadores se opõem à utilização do Direito Penal Econômico, principalmente pelo fato de fazer uso dos chamados crimes de perigo abstrato, os quais, segundo essa corrente, não afetariam diretamente os bens jurídicos.

É importante identificar se na proteção da livre concorrência há um bem jurídico criminalmente relevante ou se bastaria a sua proteção no âmbito administrativo, a fim de entender de que forma as decisões do CADE poderão influenciar a esfera penal.

A doutrina se divide em duas correntes acerca dos bens jurídicos: a dogmática e a político-criminal²⁶.

Para os defensores da tradição dogmática, o bem jurídico é criado pelo Poder Legislativo, nada mais sendo do que aquilo que é protegido pela norma. Assim, para essa corrente de pensamento, toda norma teria, necessariamente, um bem jurídico. A maioria da doutrina brasileira segue essa linha²⁷. Portanto, os defensores do conceito dogmático do bem jurídico entendem que este seria o objeto tutelado pelo tipo penal, impossibilitando uma análise crítica acerca dos tipos penais criados indistintamente pelo legislador.

A corrente doutrinária político-criminal de bem jurídico, por sua vez, entende que este antecede a norma penal e por existir a necessidade de sua tutela é que o legislador estará autorizado a criminalizar uma conduta potencialmente lesiva, conferindo, assim, uma limitação

²⁶ Para uma melhor compreensão sobre o tema, indica-se a leitura de Claus Roxin (A proteção de bens jurídicos como função do direito penal) e Luis Greco (Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal).

²⁷ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In **Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso**, Cuiabá, ano 2, n.º 3, p. 249/276, jul/dez.2007. p. 250-251.

ao Poder Legislativo. Nas palavras de Roxin, os bens jurídicos vistos a partir do conceito político-criminal seriam “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos”²⁸.

Dentro da corrente político-criminal existe uma nova questão acerca da origem da limitação imposta ao Poder Legislativo. A doutrina entende que a delimitação do que seriam bens jurídicos essenciais aptos a receberem a tutela penal decorre da Constituição. O texto constitucional elenca expressa e implicitamente bens jurídicos fundamentais para a sociedade, limitando o Poder Legislativo criminal, que só poderia criminalizar condutas com potencial de efetivamente lesionar ou colocar em risco tais bens²⁹.

Assim, temos a adoção do princípio da subsidiariedade do Direito Penal, a *ultima ratio*. Segundo tal princípio, “como o direito penal representa a intervenção mais gravosa na liberdade dos cidadãos, o Estado só está legitimado a recorrer ao direito penal quando não dispuser de outro meio menos grave para coibir a prática de determinado comportamento”³⁰.

Portanto, ao legislador cabe apenas criminalizar condutas que lesem bens jurídicos essenciais, nos ditames da Constituição, e desde de que os demais ramos do Direito sejam insuficientes a proteção de tal bem.

Outra questão doutrinária a respeito dos bens jurídicos envolve a possibilidade da existência de bens jurídicos que tutelem interesses coletivos. Aqui existem dois posicionamentos, a teoria monista-pessoal, defendida por Hassemer e outros, e a teoria dualista.

Os defensores da teoria monista-pessoal entendem que os bens jurídicos sempre tutelam um interesse individual, servindo ao indivíduo. Os chamados bens jurídicos coletivos nada mais seriam do que interesses individuais indiretos.

A corrente dualista, ao seu turno, defendida por Hefendehl, Luís Greco e outros, entende que os bens jurídicos coletivos e individuais não se confundem, sendo que nem sempre será

²⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

²⁹ Idem, p. 11.

³⁰ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In **Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso**, Cuiabá, ano 2, n.º 3, p. 249/276, jul/dez.2007, p. 266.

possível individualizar os interesses, dividindo os bens coletivos em partes atribuíveis a indivíduos determinados.

Assim, conclui-se que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos essenciais, decorrentes da Constituição, que podem ser individuais ou coletivos, sendo que determinada conduta só poderá ser criminalizada se for potencialmente lesiva ao bem tutelado e se os demais ramos do direito forem insuficientes para a sua proteção, respeitando-se o princípio da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal.

No que concerne às infrações e crimes contra a ordem econômica, temos um bem jurídico constitucionalmente relevante, pois deriva da própria Constituição Federal, em seus artigos 170 e seguintes, a sua proteção. Ademais, conforme já analisado no **item 1.4**, o legislador brasileiro adotou a pluralidade de interesses na legislação antitruste, objetivando a um só tempo proteger a livre concorrência e o consumidor. A proteção da livre concorrência invoca a igualdade de condições mínimas de concorrência, com liberdade de acesso e permanência no mercado, ou seja, uma preocupação com as estruturas ou práticas que possam falsear a igualdade de condições mínimas. A defesa dos consumidores, por sua vez, enquanto titulares imediatos das regras concorrências, preocupa-se com a eficiência alocativa e a correta distribuição de seus benefícios entre os agentes e os consumidores, ou seja, que o menor custo de produção resulte em um menor preço dos produtos ao consumidor.

O principal enfoque da proteção à livre concorrência está na punição ao abuso do poder econômico, conforme mandamento constitucional previsto no §4º do artigo 173 da Carta Magna, que diz: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Portanto, é evidente a existência de um bem jurídico relevante, constitucionalmente previsto, bem como a gravidade das condutas anticoncorrencias. Mas isso não é o suficiente para sacramentar a necessidade da tutela penal. O Direito Penal é a *ultima ratio*, e o legislador só estará autorizado a utilizá-lo quando os demais ramos do Direito forem insuficientes.

Em relação às infrações à ordem econômica, a tutela administrativa, mediante aplicação de multas, não se mostra suficiente para persuadir o indivíduo que comanda as empresas atuantes no mercado, sendo que a pessoa jurídica na maioria das vezes arca com as sanções. Isso se dá principalmente na prática de cartel, a lesão mais grave à ordem econômica e que gera grande benefício ao agente econômico em prejuízo ao consumidor, sendo que uma eficiente

dissuasão se mostra indispensável, e se dá apenas com o Direito Penal, que pune o indivíduo, e não a pessoa jurídica³¹.

Assim, diante de bens jurídicos relevantes, é adequada a dupla proteção, utilizando-se do Direito Administrativo na repressão de infrações e analisando condutas potencialmente infratoras por meio dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e a tutela criminal, a agir por ser o Direito Administrativo insuficiente na repressão das condutas lesivas.

2.2. Espécies de mercado e tipos de condutas anticoncorrenciais

Diante da proteção constitucional da ordem econômica, por meio da defesa da livre concorrência, entendida como a liberdade de acesso e permanência no mercado, e da defesa do consumidor, o final destinatário dos benefícios de um mercado em correto funcionamento, o legislador se viu obrigado a criar mecanismos inibidores de práticas de condutas lesivas à ordem econômica. Para tanto, utilizou-se do Direito Administrativo e do Direito Penal, conforme será minuciosamente analisado no decorrer do presente capítulo.

Para uma melhor compreensão de como as empresas podem abusar do poder econômico dentro de uma estrutura de mercado, é indispensável entender quais os tipos dessas estruturas. Segundo Fábio Nusdeo, existem cinco grandes tipos de estruturas de mercado: a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita, o oligopólio, o monopólio e o monopólio bilateral³².

A concorrência perfeita se encontra no plano teórico, sendo um cenário ideal e utópico. Para a sua caracterização há necessidade de um grande número de compradores e vendedores, sendo que nenhum deles poderá ter poder de influência no mercado; com homogeneidade do produto; facilidade de acesso e retirada do mercado, ou seja, sem qualquer barreira; acesso pleno às informações relevantes; ausência de economia de escala e ausência de economia externa. Nesse cenário ideal os consumidores detêm o controle, fazendo com que os vendedores aumentem a capacidade produtiva e reduzam os preços.

³¹ Para uma compreensão mais ampla acerca da necessidade da tutela penal, principalmente nos casos de cartéis clássicos, indica-se a leitura de Ana Paula Martinez (Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal).

³² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

A concorrência imperfeita, por sua vez, se dá com a grande quantidade de vendedores e compradores, mas sem os demais requisitos da concorrência perfeita, ou seja, com a desigualdade dos produtos e dos agentes.

O oligopólio se caracteriza pela oferta nas mãos de poucos agentes. Os oligopólios se dão não apenas quando existem poucos agentes no mercado, mas também quando um pequeno grupo de agentes detém grande poder econômico. Essa estrutura de mercado pode incentivar a formação de acordos entre os concorrentes, como a formação de um cartel.

Outra estrutura de mercado é o monopólio, no qual apenas um agente é vendedor de determinado produto. Nesse cenário temos a plena manifestação do poder econômico, pois o vendedor poderá definir a quantidade e o preço do produto do qual detém a exclusividade.

A existência de uma estrutura monopolista gera quatro consequências relevantes no âmbito antitruste: a) dead-weight loss; b) destinação dos recursos transferidos; c) desestímulo à inovação; e d) efeito nocivo na distribuição de renda³³.

O dead-weight loss ocorre com a perda de consumidores por conta do aumento de preços realizado pelo monopolista, fazendo com que seu produto perca a utilidade para essas pessoas e aqueles que ainda adquirem tal produto, independente do aumento do preço, passam a restringir a compra de outros produtos do mercado. Assim, o dead-weight loss é “formado exclusivamente, na perda social consistente no montante de recursos que não fica com os consumidores nem é transferido à empresa monopolista, sendo apenas desperdiçado”³⁴.

O segundo problema está na destinação dos recursos transferidos, ou seja, no uso do valor extra obtido pelo agente econômico em razão da posição monopolista que ocupa no mercado. Crescendo o seu faturamento, aumenta o valor que este dá à sua posição no mercado e, assim, estará disposto a investir os valores extras na manutenção do monopólio, resultando na dominação do mercado.

Outro fator resultante do monopólio é o desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência. Num primeiro momento os monopólios representam ganhos exacerbados, mas

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 191.

³⁴ Idem, ibidem.

posteriormente tendem à acomodação, uma vez que não se preocupam mais com os seus concorrentes, pois já se encontram em posição dominante de mercado.

Por fim, os monopólios geram efeito nocivo na distribuição da renda social, pela exacerbada transferência de renda dos consumidores ao monopolista.

Ocorre que, muitas vezes, o monopólio pode surgir naturalmente e não em função da ação dos agentes econômicos direcionada à sua constituição. Os monopólios naturais são resultado das próprias condições estruturais-tecnológicas de determinado setor que impedem a concorrência, basicamente pelo elevado custo de produção fixos, tais como a maquinaria e as instalações³⁵. Essa espécie de monopólio também deve ser fiscalizada pelo Estado, ainda que natural, pois pode gerar malefícios ao consumidor.

Ainda, temos a estrutura de mercado consistente no monopólio bilateral, que consiste na existência de um único vendedor com um único comprador. Também se trata de uma situação teórica, dificilmente encontrada na prática, onde não existiria concorrência. Nesse mercado, se é que pode ser definido assim, teríamos um impasse entre o vendedor e o comprador, querendo o primeiro estipular o maior preço possível, enquanto o segundo estaria disponível a pagar o mínimo possível. Numa situação limite como essa, provavelmente surgiria um acordo entre ambos, visando à dominação do mercado abaixo, ou seja, o vendedor se associaria ao comprador para dominar o mercado em que o comprador é vendedor.

Dentro das estruturas de mercado temos uma grande variedade de práticas comerciais que podem visar o aumento da posição relevante e os lucros de uma empresa, sem que isso resulte em produtos em maior quantidade e a menor preço ao consumidor. Podemos dividir essas práticas em três grupos: acordos, abuso de posição dominante e concentrações. A legislação brasileira não faz distinção entre elas, conforme será oportunamente demonstrado.

Os acordos entre concorrentes, assim como as demais práticas anticompetitivas, ocorrem, basicamente, pelo fato da concorrência ser entendida como algo negativo pelas empresas. Os agentes do mercado visam obter o máximo de lucro possível e a existência de uma concorrência perfeita acarreta a necessidade de aumento produtivo e diminuição do

³⁵ NUSDEO, Fabio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 274.

preço, além de demandar investimentos no aumento da qualidade do produto e na manutenção da empresa no mercado.

É certo que nem todo acordo entre competidores, práticas competitivas adotadas por aqueles que detêm posição dominante ou concentrações serão ilícitos. A avaliação acerca da ilicitude das condutas dependerá de uma análise aprofundada do caso concreto e das consequências à ordem econômica.

2.2.1. Acordos entre agentes

Uma das formas de dominação de mercado se dá mediante acordo entre empresas, que podem gerar situações monopolísticas e dificultar o acesso ao mercado de agentes que não integrem a relação.

Os acordos entre agentes econômicos podem ser de forma horizontal ou vertical. Os acordos horizontais são aqueles realizados dentro de um mesmo estágio da cadeia produtiva, ou seja, entre concorrentes propriamente ditos. Já os acordos verticais se dão entre agentes de diversos estágios da cadeia produtiva.

A espécie de acordo entre empresas mais conhecida é o cartel. O cartel ocorre em uma estrutura de mercado oligopolizado, no qual poucos agentes detêm posição dominante, havendo um acordo tácito ou expresso entre as empresas envolvendo preços, quantidade de produção, distribuição territorial, entre outros. Segundo Ana Paula Martinez:

“Cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distribuição ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento.”³⁶

Os cartéis podem ser clássicos ou difusos, sendo o cartel clássico aquele em que há o acordo expresso ou tácito entre as empresas envolvendo variáveis comercialmente

³⁶ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 37.

sensíveis, enquanto o cartel difuso é aquele que se dá de forma eventual, não sendo institucionalizado entre as empresas, ocorrendo em um momento específico.

Outro tipo de acordo entre as empresas é o boicote, consistente numa colusão entre agentes para que deixem de comprar de determinados fornecedores ou vender produtos e a determinados concorrentes, ou, ainda, submeter o fornecimento e a compra de produtos e serviços a certas condições ajustadas com outro concorrente.

Existem, também, os acordos verticais entre fornecedores e distribuidores. Nas cláusulas desse tipo de acordo normalmente os agentes utilizam-se de tipos de restrições verticais como: a) exclusividade, quando as partes se obrigam a não contratar com terceiros; b) divisão territorial, visando garantir que os agentes não compitam no mesmo espaço geográfico; c) restrições sobre preços de revenda, dando ao fabricante controle sobre os mesmos; d) vendas casadas, isto é, obrigação ao distribuidores de adquirirem bens de forma vinculada; e) concessões de descontos de fidelidade ou outros tipos de incentivos aos distribuidores para que aumente as vendas de determinado fornecedor em detrimento dos demais competidores³⁷.

2.2.2. Abuso de posição dominante

A doutrina entende que é possível uma empresa exercer posição dominante ou monopolista no mercado mesmo que não detenha a exclusividade do produto. Uma empresa que não atue sozinha pode deter determinada relevância de mercado que lhe permita agir com independência e indiferença aos outros agentes. Segundo Paula A. Forgioni: “Não é necessária a completa ausência de concorrência no mercado para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau a ponto de influenciar significativamente o comportamento do ‘monopolista’.”³⁸

Um agente que se encontre nessas condições tende a adotar comportamentos típicos de monopólio, com aumento dos preços e desprezando a qualidade de seus produtos.

³⁷ FORGIONI, Paula A., **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

³⁸ Idem, p. 260.

Importante esclarecer que deter uma posição dominante não é um ilícito *per se*, sendo vedado apenas o seu abuso, que pode se manifestar de diversas formas, tais como sabotagem, concentrações, diminuição de produção, aumento de produção, discriminação de preços, recusa de contratar, integração vertical, venda casada, aumento dos custos a serem suportados pelos concorrentes, manipulação do desenvolvimento tecnológico, abuso de direito de propriedade industrial, abuso de direito de demanda, preços predatórios, dentre outras³⁹.

Entre as práticas abusivas de quem detém posição dominante, uma de grande relevância é a imposição de preços abaixo dos custos, também conhecida como predação por preço. A empresa dominante, visando eliminar a concorrência, reduz os preços abaixo dos custos de produção, prática que não pode ser acompanhada por empresas de menor poder de mercado, fazendo com que percam seus consumidores.

Outro tipo de predação é a tecnológica, na qual a empresa cria um incremento tecnológico com o intuito de eliminar concorrentes, mantendo o mesmo preço anteriormente praticado ao produto mais qualificado, dominando os consumidores⁴⁰. Dentro desse tipo de prática anticoncorrencial existe a predação através de incompatibilidade de sistemas, quando uma empresa cria um sistema operacional incompatível com os produtos concorrentes. O exemplo mais famoso dessa prática é o uso do sistema operacional Windows pela Microsoft.

O abuso de posição dominante pode se dar, também, por meio de negociações compulsórias. “De forma muito sintética e abreviada, pode-se dizer que a compulsão consiste na determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes, em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte.”⁴¹

Há, ainda, a prática da venda casada como forma de abuso de posição dominante, quando a empresa subordina a venda de um produto à aquisição de outro, ou à utilização de determinado serviço.

É importante observar que existem inúmeras possibilidades de abuso de posição dominante por uma empresa, sendo que algumas práticas comerciais usuais podem se tornar ilícitas a depender de sua finalidade e consequência.

³⁹ FORGIONI, Paula A., **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 289.

⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 487.

⁴¹ Idem, p. 500.

2.2.3. Concentrações

A concentração econômica se dá pelo aumento da riqueza nas mãos de poucos agentes, podendo ocorrer, assim como os acordos, de forma vertical ou horizontal, e por conglomeração.

A concentração econômica vertical ocorre quando os vários estágios da cadeia produtiva são dominados por uma mesma empresa ou grupo de agentes. A concentração horizontal, por sua vez, se dá no mesmo estágio do processo produtivo, ou seja, entre concorrentes propriamente ditos. Já os conglomerados são uma espécie de concentração entre atividades diversas e desconexas, mas todas sob um mesmo comando, sendo discutido na doutrina a sua real relevância.

Como os tipos mais comuns de concentração econômica temos as fusões, em que duas ou mais empresas se unem formando uma nova empresa; as aquisições, em que um agente adquire participações em outra sociedade, tomando seu controle; as incorporações, na qual uma sociedade absorve outra, que deixa de existir; os consórcios, consistente na celebração de um contrato entre sociedades diversas para a execução de um fim determinado; “joint-ventures”, que seria um negócio jurídico entre empresas para realizar um empreendimento, sem a constituição formal de um consórcio.

2.3. Tutela administrativa

Tendo em vista a relevância dos bens jurídicos protegidos, a legislação brasileira previu uma série de infrações à ordem econômica administrativamente punidas, conforme previsto no artigo 36 da Lei nº 12.529/11:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Como se pode observar, a legislação brasileira não faz distinção entre acordos, práticas abusivas de posição dominante e concentrações, sejam verticais ou horizontais, mencionando apenas atos. Basta que a conduta do agente tenha alguns dos objetivos descritos no mencionado artigo que estará configurada a infração administrativa. É relevante notar, ainda, que basta o objetivo, ou seja, a intenção, sendo irrelevante alcançar ou não o efeito danoso ao mercado, caracterizando a infração com o mero perigo.

Ademais, a responsabilidade do agente se dá independentemente de culpa, ou seja, há a responsabilidade objetiva dos infratores.

A lei, de forma inteligente, excluiu do âmbito punitivo a conquista natural de mercado, resultante da maior eficiência do agente em relação aos competidores, conforme previsto no parágrafo §1º do artigo 36 da Lei nº 12.259/11. Ainda, estabeleceu um critério de presunção de posição dominante, consistente na capacidade de uma empresa alterar unilateralmente as condições de mercado ou quando ela controlar 20% ou mais do mercado relevante, nos termos do §2º de mencionado dispositivo legal.

No § 3º do artigo 36 da Nova Lei de Defesa da Concorrência são previstas outras condutas que poderão caracterizar infração à ordem econômica:

“As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

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

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

A leitura do §3º deve ser feita em conjunto com o *caput* do artigo 36, sendo que as condutas aqui discriminadas só serão infrações à ordem econômica se tiverem um dos objetivos ou efeitos descritos no *caput*. Assim, não temos uma conduta ilícita *per se*, sendo necessária a comprovação de seus efeitos anticompetitivos. Ainda, o rol do §3º do artigo 36 é apenas exemplificativo, havendo uma infindável gama de práticas comerciais que poderão gerar efeitos nocivos à ordem econômica, desde que preencham os requisitos do *caput* do artigo 36 supramencionado⁴².

Os incisos I e II acima mencionados, por exemplo, se referem à prática anticompetitiva mais famosa, o cartel. Referidos dispositivos tratam justamente do acordo entre concorrentes acerca de preços, quantidade de produção e divisão territorial e da adoção de condutas concorrenciais uniformes entre os competidores. Mas tais condutas só serão ilícitas se tiverem por objeto ou puderem gerar efeitos nocivos à ordem econômica.

Para a apuração das infrações contra a ordem econômica no âmbito administrativo há um procedimento previamente definido pela Lei nº 12.529/11. As investigações iniciam na Superintendência-Geral mediante representação de parte interessada ou de ofício. Se a Superintendência-Geral entender que existem indícios suficientes de infração, é instaurado o procedimento administrativo, que ao final será julgado pelo Tribunal Administrativo do CADE. Caso a Superintendência-Geral tenha dúvidas acerca dos indícios, é instaurado um procedimento preliminar, o inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica, cujas investigações ficam ao cargo da própria Superintendência-Geral.

As infrações contra a ordem econômica ficam sujeitas às penalidades descritas no artigo 37 e seguintes da Lei nº 12.529/11. A principal delas é a pena de multa, aplicável às pessoas jurídicas e físicas. Além da pena de multa, podem ser cominadas cumulativamente ou alternativamente as penas previstas no artigo 38 de mencionada Lei.

⁴² FORGIONI, Paula A., **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

Há uma grande celeuma na doutrina acerca do caráter das discussões do CADE e até que ponto podem ser discutidas judicialmente, nas esferas cíveis. Adota-se a posição de Rui Stoco, para quem as decisões do Tribunal do CADE são de caráter vinculado, ou seja, a lei estabelece diversos requisitos que uma vez preenchidos vinculam a manifestação do órgão administrativo. Não há juízo subjetivo. Seria oposto às decisões discricionária, onde o órgão administrativo realiza um juízo de valor acerca da utilidade-necessidade⁴³.

Ainda, segundo Rui Stoco, a Administração Pública quando incumbida de coibir atos ilícitos só pode agir de forma vinculada à lei, punindo a conduta se esta se subsumiu à norma sancionadora ou deixando de aplicar a penalidade caso os requisitos legais não tenham sido preenchidos, tornando a prática atípica⁴⁴.

2.4. Tutela penal

A previsão legal acerca dos crimes contra a ordem econômica foi alterada pela Lei nº 12.529/11, que modificou os dispositivos da Lei nº 8.137/90. Atualmente, está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a seguinte redação dos crimes contra a ordem econômica, prevista no artigo 4º da Lei nº 8.137/90:

“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.”

⁴³ STOCO, Rui. *In Lei penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Coord. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, RUI. 7ª ed. rev., atual. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

⁴⁴ Idem.

Da leitura do dispositivo legal percebe-se que a previsão no âmbito criminal é bem mais restrita do que no âmbito administrativo, pois não possui o extenso rol exemplificativo de condutas comerciais que poderão, se utilizadas de forma equivocada, atentar contra a ordem econômica.

O inciso I do artigo sob análise reprime, conforme o mandamento constitucional, o abuso do poder econômico. Assim como se dá no âmbito administrativo, não se pune o poder econômico em si, pois em um mercado desigual e competitivo este sempre existirá. É o seu abuso, que causa prejuízo à livre concorrência e ao consumidor, que deve ser reprimido.

Nota-se que o tipo penal exige um resultado específico, que é a dominação do mercado ou a eliminação, total ou parcial, da concorrência. Assim, ao contrário do que ocorre na esfera administrativa, em que basta o potencial lesivo, entende-se que se trata de um crime material, que exige um resultado danoso⁴⁵.

Outro ponto de distinção entre a esfera penal e a administrativa é o fato da Lei nº 8.137/90 exigir, acertadamente, o dolo. Para que se configure o crime o agente deverá, de forma livre e consciente, abusar de seu poder econômico⁴⁶. A intenção é um dos requisitos, diferente do que ocorre na esfera administrativa em que não se exige dolo ou culpa, configurando a responsabilidade objetiva do agente, vedada na área criminal.

Percebe-se, ainda, que há um paralelismo entre o inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/90 com o disposto no inciso IV do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, uma vez que este prevê a punição daquele que “exercer de forma abusiva posição dominante”. O tipo administrativo é mais abrangente que o penal, pois, como já dito, não exige dolo ou culpa, tampouco o resultado danoso, bastando seu potencial.

A antiga redação do inciso I previa, em suas alíneas “a” a “f”, diversas condutas aptas a caracterizarem abuso de poder econômico. Com a exclusão desse rol, o tipo tornou-se extremamente abrangente.

O inciso II, por sua vez, é mais direcionado a criminalizar a prática do cartel, pois pune justamente o acordo entre agentes econômicos que vise à fixação artificial de preços, quantidade

⁴⁵ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; e DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 234.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, volume 1. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 590.

de produção, controle regionalizado do mercado e controle dos fornecedores e distribuidores. A redação do inciso II se assemelha à redação do inciso I do § 3º do artigo 36 da Lei nº 12.529/11⁴⁷.

O crime previsto no inciso II do atual artigo 4º da Lei nº 8.137/90 exige o dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de atingir mediante o acordo um dos objetivos descritos em suas alíneas, evitando-se a responsabilização objetiva do agente, vetada no âmbito criminal.

Ainda, ao contrário do que ocorre no inciso I do mesmo artigo, aqui não se exige o resultado danoso, tratando-se de crime formal. Portanto, basta a existência do acordo entre os agentes visando à fixação de preços, por exemplo, para caracterização do delito, independentemente dos efeitos práticos de tal acordo na ordem econômica. A sua ocorrência seria um mero exaurimento, posto tratar-se de crime de perigo.

Acerca do inciso II, a doutrina entende que tal perigo deve ser concreto, ou seja, que a conduta, apesar de não gerar um resultado, deve ter o potencial para tanto⁴⁸. Por crimes de perigo concreto entende-se que “exigem a produção de um ambiente de perigo em potencial, em abstrato, ou seja, que a atividade proibida ao menos crie condições para afetar os interesses juridicamente relevantes, mas ao mesmo tempo, não condicionem a ameaça efetiva de nenhum bem jurídico concreto.”⁴⁹.

A grande questão que se coloca com as previsões penal e administrativa de condutas lesivas à ordem econômica é a interação entre as esferas. Ambas, conforme demonstrado, reprimem o abuso do poder econômico e é crucial entender qual o nível de interação que existe entre o CADE e o Poder Judiciário.

Se o CADE analisar determinada conduta e entender que ela não teve por objeto ou fim o exercício abusivo do poder econômico, não incidindo nas penalidades do artigo 36, inciso IV,

⁴⁷ “I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;”.

⁴⁸ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 188.

⁴⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

da Lei nº 12.529/11, poderá o Judiciário afirmar que a mesma conduta abusou do poder econômico, configurando o crime previsto no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137/90?

CAPÍTULO 3: A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DO CADE NA ESFERA PENAL

3.1. Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seus artigos 170 e seguintes a tutela da ordem econômica. Assim, há expressa previsão de um bem jurídico relevante, que obriga o Poder Legislativo a criar mecanismos para a sua proteção.

Ainda, o constituinte elevou à categoria de princípios da ordem econômica a proteção da livre concorrência e do consumidor. A proteção da livre concorrência, como já visto, invoca a igualdade de condições mínimas de concorrência, com liberdade de acesso e permanência no mercado, ou seja, uma preocupação com as estruturas ou práticas que possam falsear a igualdade de condições mínimas. A defesa dos consumidores, por sua vez, enquanto titulares imediatos das regras concorrências, preocupa-se com a eficiência alocativa e a correta distribuição de seus benefícios entre os agentes e os consumidores, ou seja, que o menor custo de produção resulte em um menor preço dos produtos ao consumidor.

Para a efetiva proteção da livre concorrência e do consumidor (e portanto da ordem econômica), o legislador brasileiro utilizou-se das esferas administrativa e penal.

Importante ratificar que a evidente existência de um bem jurídico relevante, constitucionalmente previsto, e a gravidade das condutas anticoncorrencias não bastam para autorizar a tutela criminal, pois o Direito Penal é a *ultima ratio* e o legislador só estará autorizado a aplicá-lo quando os demais ramos do Direito forem insuficientes.

Ocorre que, em relação às infrações à ordem econômica, a tutela administrativa, mediante aplicação de multas, muitas vezes não se mostra suficiente para persuadir o indivíduo que comanda as empresas atuantes no mercado, sendo necessária a dupla proteção, administrativa e criminal.

No âmbito administrativo foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão da administração pública especializado na defesa da concorrência que, por meio de seu Tribunal Administrativo, analisa a existência de infrações contra a ordem econômica.

No artigo 36 da Lei nº 12.529/11 foram previstas as infrações administrativas à ordem econômica. No *caput* a lei previu a regra geral, punindo qualquer ato que tenha por objeto ou possa produzir efeitos nocivos à ordem econômica. O parágrafo 3º de mencionado artigo, por sua vez, apresenta um rol exemplificativo de condutos, que analisadas em conjunto com a previsão do *caput*, serão consideradas ilícitas.

No âmbito criminal a previsão está no artigo 4º da Lei nº 8.137/90, com redação dada pela Lei nº 12.529/11. Na tutela da ordem econômica em ambas as esferas o legislador criou um certo paralelismo nos textos legais, sendo que o inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/90 é similar ao disposto no inciso IV do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, pois ambos reprimem o abuso do poder econômico.

A grande questão que se coloca com as previsões penal e administrativa de condutas lesivas à ordem econômica é saber qual a interação que há entre tais instâncias. Ambas, conforme demonstrado, reprimem o abuso do poder econômico e é crucial entender qual o nível de interação que existe entre o CADE e o Poder Judiciário.

Para tanto, é importante dividir a análise sob três prismas: i) quando o CADE se manifestou pela existência de infração à ordem econômica; ii-a) quando o CADE se manifestou pela inexistência de infração contra a ordem econômica por falta de provas; ii-b) quando o CADE se manifestou pela inexistência de infração contra a ordem econômica por atipicidade; iii) quando o CADE ainda não se manifestou sobre a conduta.

Não se entrará no mérito da abrangência das revisões no âmbito do Poder Judiciário na esfera cível das decisões proferidas pelo CADE, mediante Mandado de Segurança, *Habeas Data*, etc., utilizando-se a premissa de que houve o correto e regular trâmite processual administrativo, sem o qual fatalmente haveria uma decisão inválida que, por óbvio, não pode gerar nenhum efeito na instância criminal.

O que se pretende analisar é exclusivamente a interação entre dois ramos sancionadores do Direito e como é possível manter uma coerência no ordenamento jurídico.

3.2. Quando há juízo positivo de ilicitude

A primeira situação a ser debatida é a ocorrência de um juízo positivo de ilicitude por parte do Tribunal Administrativo do CADE, após o regular e correto trâmite processual, anterior a qualquer tipo de manifestação pelo Poder Judiciário. Qual a influência dessa decisão administrativa na seara criminal?

Para viabilizar uma resposta satisfatória a tal questionamento é imprescindível entender, em primeiro lugar, se há diferença entre as infrações penais e administrativas. A doutrina acerca do tema não é pacificada, e busca identificar diferenças quantitativas ou qualitativas entre os injustos penais e administrativos⁵⁰.

A diferença quantitativa entre um ilícito penal e um ilícito administrativo se daria pela aplicação de sanções mais brandas na seara administrativa. A diferença qualitativa, por sua vez, refere-se à finalidade de cada um dos ilícitos⁵¹.

Segundo Ana Carolina Carlos de Oliveira, “historicamente as teses diferenciadoras teriam sua origem nas construções de Feuerbach, que recorria ao argumento de que os delitos seriam infrações a direitos naturais da vítima, enquanto as contravenções representavam infrações ao poder de polícia do Estado.”⁵².

A diferenciação qualitativa entre os injustos se aprimora com James Goldschmidt, que entende haver um desvalor ético nos tipos penais, enquanto os tipos administrativos apenas protegeriam as estruturas do Estado, sendo neutros eticamente. Conforme explica Fábio Roberto D’Avila, para Goldschmidt o Direito Penal Administrativo não tutelaria um bem jurídico, mas visaria apenas a promoção de um objetivo da administração, cujo descumprimento não geraria um prejuízo, mas sim um não-benefício⁵³.

⁵⁰ Não se pretende esgotar a temática, que necessitaria de um estudo específico. Será traçada uma noção geral das posições doutrinárias existentes e seus conceitos, a permitir um entendimento de como as decisões administrativas poderiam influenciar a esfera criminal.

⁵¹ Segundo Pablo Rando Casermeiro esse critério de análise, diferenciado as infrações por aspectos qualitativos ou quantitativos, não resulta em uma resposta satisfatória, havendo a necessidade de aprofundar o debate sob o escopo de uma política criminal. (CASERMEIRO, Pablo Rando. **La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador**: um análisis de política jurídica. Valencia/Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 59/60).

⁵² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 115.

⁵³ D’AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 119/136.

Ainda na linha de diferenciação qualitativa entre os ilícitos penais e administrativos, Fábio Roberto D'Avila entende que:

“À luz de tal orientação, o acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador (ou de mera ordenação social) passa a incidir não mais em uma diferença meramente quantitativa, mas qualitativa, estabelecida em uma diferente refração normativa da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal. É, pois, a ofensa a um bem jurídico-penal a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade.”⁵⁴

Em sentido oposto, defendendo uma aproximação entre os ilícitos penais e administrativos, encontra-se boa parte da doutrina estrangeira, principalmente espanhola, e alguns estudiosos brasileiros, como Miguel Reale Junior.

Ao tratar da existência de diferença entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, Miguel Reale Júnior se afasta das teses de diferenciação quantitativa ou qualitativa, defendendo a existência de um *jus puniendi* geral, sendo os ilícitos substancialmente idênticos e que a escolha legislativa por determinado ramo não tem relação com a importância do bem jurídico a ser tutelado, tratando-se de mera opção legislativa pautada na política criminal em vigor em certo momento histórico, visando melhor alcançar os fins preventivos e retributivos do *jus puniendi* único⁵⁵.

Para a corrente que diferencia os injustos apenas sob o viés quantitativo, não existem diferenças substanciais entre ambos os ilícitos, resumindo-se à gravidade da sanção aplicável em uma e outra espécie, principalmente ao fato de apenas o ilícito penal poder impor uma sanção privativa de liberdade.

Nessa linha de pensamento, Nelson Hungria afirma:

“A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, ‘dispostas sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-mundi’. No que tem de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma

⁵⁴ D'AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 119/136.

⁵⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fator exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa. A única diferença entre eles está na maior gravidade do direito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença puramente de grau ou de quantidade.”⁵⁶

Analisando o tema, Helena Regina Lobo da Costa entende que há uma diferença apenas normativa entre os ilícitos penais e administrativos. Entende a doutrinadora que para a criação de um ilícito penal há necessidade de se observar os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, bem como a indispensável afetação a um bem jurídico; enquanto as amarras para a criação de um tipo administrativo são menores. Ainda, o tipo penal está inserido em uma estrutura jurídica mais complexa, acompanhado de garantias típicas do exercício da jurisdição. Identifica, também, a impossibilidade da administração impor sanções privativas de liberdade como uma das principais diferenciações entre os injustos⁵⁷.

Com relação à função das sanções administrativas e penais, por sua vez, a doutrinadora entende não haver diferença relevante, reconhecendo que ambas buscam as mesmas finalidades de prevenção e retribuição⁵⁸.

Acerca da busca doutrinária de diferenciação quantitativa entre os ilícitos, assevera Hungria:

“Tem sido igualmente em vão a tentativa de uma distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. A separação entre um e outro também atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçoados à variável medida do interesse da sociedade e do Estado. Conforme acentua Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor intensidade lesiva de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um *discrime* pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que Kukula justamente chama de ‘estéril especulação’, idêntica à demonstração da ‘quadratura do círculo’.”⁵⁹

Portanto, entende-se que o *jus puniendi* estatal é uno, devendo tutelar bens jurídicos essenciais. A tutela de determinado bem jurídico se dará pela esfera administrativa ou penal a depender de uma política criminal pautada na necessidade, respeitando-se o princípio da *ultima*

⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, tomo II, p. 27/28.

⁵⁷ COSTA, Helena Regina Lobo. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 2013. Dissertação (Livre-Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. P. 145/146.

⁵⁸ Idem, p. 235/236.

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, tomo II, p. 33.

ratio. Somente se o Direito Administrativo for insuficiente para reprimir e retribuir a lesão ao bem jurídico é que o legislador estará autorizado a utilizar o Direito Penal.

É justamente o que ocorre nos crimes contra a ordem econômica, em que as penas de multa aplicadas pelo CADE invariavelmente são insuficientes para reprimir e retribuir as lesões ao bem jurídico praticadas pelas pessoas físicas que comandam as empresas infratoras.

Pois bem, partindo-se desse entendimento, necessário analisar como interagem os ilícitos contra a ordem econômica nas esferas penal e administrativa, posto não haver diferença substancial entre eles.

Segundo Miguel Reale Junior, o fato do ordenamento jurídico brasileiro prever a repressão das condutas lesivas à ordem econômica nas duas esferas acarretaria a ocorrência de *bis in idem*, principalmente na aplicação de uma pena de multa pelo CADE e de outra pelo Poder Judiciário⁶⁰.

O princípio do *ne bis in idem* pode ser entendido, resumidamente, como a vedação da dupla sanção pelos mesmos fatos, ou seja, ninguém pode ser punido duas vezes pela mesma infração. Segundo Helena Regina Lobo da Costa, “para a identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in idem* examinado, devem-se verificar identidade de sujeitos, de objeto ou fatos e de efeitos jurídicos das sanções (natureza punitiva ou sancionadora).”⁶¹.

A regra do *ne bis in idem* é bastante difundida e aplicada dentro de uma mesmo ramo do Direito. Assim, no Direito Penal, por exemplo, uma mesma circunstância não pode ser utilizada como agravante e causa de aumento de pena. Também é majoritário o entendimento de ser proibida a aplicação de duas sanções administrativas pelo mesmo fato.

Contudo, o problema se dá na identificação do *bis in idem* quando se trata da aplicação de sanções por esferas distintas. A doutrina e jurisprudência brasileiras majoritárias entendem

⁶⁰ “Haverá, sem dúvida, pelo mesmo fato, um cúmulo de penas de caráter pecuniário, uma imposta pelo Cade, outra pela Justiça Penal, ferindo-se o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o mal imposto deve guardar proporção com o malefício causado, desrespeitando-se este princípio, também, quando se somam sanções de cunho administrativo e penal pelo mesmo fato, em especial se forem idênticas, por exemplo, duas penas de multa, ou pena de prestação pecuniária e pena de multa.” (REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.).

⁶¹ COSTA, Helena Regina Lobo. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 2013. Dissertação (Livre-Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 237.

não haver *bis in idem*, pautando-se pelo princípio da independência das esferas. Entendem que os processos administrativo e criminal teriam escopos diferentes e cumuláveis⁶².

Segundo Rui Stoco, não haveria *bis in idem*, pois as sanções penais e administrativas teriam natureza e destinatário diversos. Especificamente acerca da dupla aplicação da pena de multa, o autor não vê empecilhos:

“A pena de multa da Lei 8.137/90, tendo natureza penal, só pode ser imposta à pessoa física, enquanto que a multa prevista na Lei Antitruste, de natureza administrativa, visa apenas compelir a empresa a abster-se da prática de atos apurados como abusivos do poder econômico, atingindo a pessoa jurídica e a pessoa física (administrador), esta apenas de ricochete.”⁶³

Eduardo Reali Ferrari, por sua vez, entende haver *bis in idem* na dupla previsão de infrações à ordem econômica, gerando uma insegurança no ordenamento jurídico, em que as esferas se comunicam quando não deveriam (ao utilizarem provas emprestadas), e se afastam quando deveria haver unidade (aplicação da sanção)⁶⁴.

De fato, a aplicação de sanções na esfera administrativa às pessoas jurídicas não possui nenhuma relevância para a eventual aplicação de uma penalidade criminal, uma vez que esta só atinge as pessoas físicas. A análise, contudo, deve se atentar para os casos em que o CADE impõe sanção de multa direta à pessoa física e esta responde, também, na seara penal.

Ocorre que a posição favorável à existência de *bis in idem* a impedir a propositura da ação penal e a posição favorável à total independência das esferas carecem de uma efetividade prática.

A exemplo, Miguel Reale Junior aponta que a solução que vem sendo utilizada a fim de se evitar o possível *bis in idem* consiste no Ministério Público atuante junto ao CADE deixar de oferecer denúncia nos casos em que há condenação administrativa⁶⁵.

⁶² MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 249.

⁶³ STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão: mecanismos. In: PRADO, Luiz Regis; e DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico (coleção doutrinas essenciais, v. 2). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 307.

⁶⁴ FERRARI, Eduardo Reale. A (in)dependência entre as instâncias administrativas e penais nos crimes de cartel e os reflexos no âmbito de mediação do conflito. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume III**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999

Contudo, essa postura está longe de resolver a questão, pois poderia acarretar a responsabilização do promotor, que estaria deixando de cumprir seu dever ao não denunciar um crime em que existem indícios de autoria e materialidade, comprovados pela própria decisão do CADE.

Apesar de entender que não existe uma diferença substancial entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais, não se pode admitir haver genericamente *bis in idem* na punição do agente em ambas as esferas, a ponto de impedir a propositura da ação penal.

Conforme demonstrado ao longo de todo o trabalho, a ordem econômica é um bem jurídico de extrema relevância, sendo merecedora de tutela penal. O que se observa é justamente a incapacidade das multas aplicadas no âmbito do CADE reprimirem a prática de cartéis, por exemplo. Assim, entende-se correta a posição adota pelo legislador brasileiro em prever nos dois cenários a punição das condutas lesivas.

Sendo assim, adotando-se o entendimento de que as lesões à ordem econômica necessitam do Direito Penal e do Direito Administrativo, não se pode limitar a atuação conjunta de ambas as esferas.

Melhor explicando, em casos de infração à ordem econômica a aplicação de uma sanção pelo CADE não se mostrará suficiente para retribuir o dano causado à sociedade, sendo indispensável a atuação da esfera criminal, a única apta a aplicar uma pena privativa de liberdade.

Portanto, toma-se a liberdade de discordar da solução adotada por membros do Ministério Público de não oferecerem denúncia em casos em que houve condenação por parte do CADE.

Outro ponto contrário a tal prática reside no fato de não ser permitido ao Poder Judiciário, em casos de condenação administrativa, simplesmente homologar a decisão do CADE. Infelizmente é o que se tem observado em relação aos crimes de sonegação fiscal, em que o processo penal vem sendo utilizado apenas para ratificar a conclusão do Fisco sobre a existência do delito. Conforme já demonstrado ao longo do texto, a previsão de infrações administrativas é mais abrangente que a criminal.

No âmbito administrativo das infrações à ordem econômica não se leva em consideração o dolo ou culpa do agente, tampouco o resultado da conduta, bastando a intenção ou seu

potencial lesivo. No Direito Penal, por sua vez, não se admite a responsabilidade objetiva e, em relação ao artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, exige-se o resultado danoso, consistente na dominação do mercado ou eliminação, total ou parcial, da concorrência.

Portanto, uma infração administrativa à ordem econômica não resultará necessariamente em um crime contra a ordem econômica, cabendo a instauração de uma ação penal, que poderá gerar uma manifestação do Poder Judiciário distinta da proferida pelo CADE acerca da punição do agente, por conta das especificidades do tipo penal. O Poder Judiciário, ainda, poderá confirmá-la, aplicando a pena mais severa, de privação da liberdade, não podendo se falar em *bis in idem* em relação a esta penalidade de conteúdo exclusivo do Direito Penal.

Uma possível solução com relação à penalidade de multa aplicada pelo CADE diretamente à pessoa física, seria a sua utilização como uma circunstância atenuante da pena no momento de imposição da sanção pelo Poder Judiciário, a fim de ser respeitado o princípio da proporcionalidade. Assim, uma pessoa física condenada administrativamente a uma pena de multa poderia ser condenada criminalmente à pena de prisão, sem que se aplicasse nova pena de multa, ou ter o montante de tal pena diminuído.

Na Europa tem-se adotado o entendimento da não existência de *bis in idem*, mas já há a mitigação das penas aplicadas pelo Judiciário quando o agente já sofreu punição administrativa. Helena Regina Lobo da Costa, analisando o posicionamento do Poder Judiciário na Europa, afirma:

“Examinadas essas decisões, pode-se dizer que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia permite a cumulação de sanções de natureza administrativa e penal, desde que, no caso da sanção comunitária por prática de cartel, haja uma compensação da sanção nacional no momento de fixar a sanção comunitária. Além disso, adota critérios para examinar se a sanção formalmente considerada como administrativa pelo direito interno não se reveste, efetivamente de natureza penal. Não adotou, portanto, a abrangência da regra *ne bis in idem* às hipóteses de sancionamento administrativo e penal, mas estipulou alguns critérios a mitigar sua sobreposição.”⁶⁶

Portanto, se entende que o Direito Administrativo e o Direito Penal não são totalmente independentes, havendo correlação substancial entre as infrações nas duas esferas, que buscam tutelar o mesmo bem jurídico, sendo que as suas sanções possuem caráter repressivo e

⁶⁶ COSTA, Helena Regina Lobo. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem*** como medida de política sancionadora integrada. 2013. Dissertação (Livre-Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 191.

retributivo. A diferença fundamental é a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade no âmbito penal.

Diante dessa aproximação, é necessária uma alteração legislativa a fim de dar ao ordenamento jurídico uma unidade lógica, prevendo que as penas aplicadas pelo CADE diretamente às pessoas físicas sirvam como circunstância atenuante, respeitando-se o princípio da proporcionalidade.

3.3. Quando há juízo negativo de ilicitude

Identificar os efeitos de um juízo negativo de ilicitude por parte do CADE é uma tarefa ainda mais tormentosa que a tratada no item anterior.

O CADE é o órgão administrativo mais importante na proteção da livre concorrência, sendo competente para analisar e julgar infrações à ordem econômica. Assim sendo, caso esse órgão, após o correto trâmite processual administrativo, se manifeste pela não aplicação de sanção a determinado fato, poderia o Direito Penal punir o agente? Parece não ser adequada essa possibilidade, ainda mais considerando que tanto os ilícitos penais quanto os ilícitos administrativos possuem a mesma finalidade de proteção de bens jurídicos, no caso específico a proteção da ordem econômica. Segundo Nelson Hungria:

“O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo. Uma ação que não constitua perigo, sequer *in abstracto* (como pretende Goldschmidt), a interesse juridicamente tutelado, não pode ser juridicamente reprovada ou incidir sob sanção legal. [...]

A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais direta e intensamente o interesse público ou social, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal.”⁶⁷

⁶⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, tomo II, p. 35/36.

Assim, a situação deve ser desmembrada em dois aspectos: i) quando o CADE se manifesta pela ausência de provas da infração; ii) quando o CADE se manifesta pela atipicidade da conduta.

A maioria da doutrina e jurisprudência brasileira não faz essa distinção, afirmando que as esferas administrativas e penais são independentes, sendo possível haver uma ação penal independentemente de qualquer decisão tomada pelo CADE, seja ela positiva, negativa ou inconclusiva sobre a ilicitude da conduta⁶⁸.

Contudo, a fim de uma compreensão mais aprofundada do tema, é primordial a distinção das situações, pois acarretarão consequências práticas diversas.

Caso o Tribunal Administrativo, após o adequado curso das investigações e do processo, entender não haver provas suficientes da existência de uma infração administrativa, estará o Poder Judiciário autorizado a analisar a questão e, inclusive, chegar a uma conclusão diversa por meio de seu devido processo penal.

Tal entendimento não possui relação com a afirmação rasa de serem independentes as esferas, pois tal princípio encontra-se cada vez mais mitigado, ainda mais diante da atual legislação, que prevê a possibilidade do CADE firmar acordo de leniência com o infrator e o seu cumprimento gerar extinção da punibilidade criminal, nos termos do parágrafo único do artigo 87 da Lei nº 12.529/11⁶⁹.

Parte-se do pressuposto processual de que as decisões baseadas na insuficiência de provas não geram vinculação. O Poder Administrativo não teve a oportunidade de se manifestar sobre o mérito da questão, sendo impedido pela carência de provas. Assim, caso o Poder Judiciário tenha essa oportunidade por meio do inquérito policial e posterior ação penal, não se estaria diante de uma incompatibilidade sistêmica do ordenamento jurídico.

⁶⁸ “A eventual instauração e tramitação de procedimento administrativo para apurar condutas que, eventualmente, repercutam criminalmente, ou mesmo a eventual prolação de decisão administrativa definitiva oriunda do CADE sobre as mesmas, qualquer que seja seu conteúdo, em linha de princípio, não impedirão a doação de providências investigatórias ou persecutórias na órbita do direito penal.” (MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111/112).

⁶⁹ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

Superada essa questão pontual, passa-se a analisar o ponto mais crítico do presente estudo, que é a influência na persecução penal do agente de uma decisão de atipicidade de conduta emanada pelo CADE pelo mesmo fato.

De antemão, adianta-se a conclusão de que as decisões de atipicidade por parte do CADE têm total influência na persecução penal do agente, impossibilitando a instauração da ação penal.

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, o CADE é um órgão administrativo judicante, dotado de competência para analisar e julgar infrações à ordem econômica, sendo, portanto, especialista na matéria.

Se o CADE, por meio de uma correta e legítima investigação administrativa, decidir pela atipicidade da conduta pautado, por exemplo, na impossibilidade absoluta desta gerar dominação de mercado, não se pode admitir que o Poder Judiciário ignore tal entendimento, proferindo decisão diametralmente oposta, gerando insegurança jurídica.

A função da previsão legal de ilícitos administrativos e ilícitos penais, como já visto, é substancialmente a mesma, qual seja, proteger um bem jurídico relevante (neste caso a ordem econômica) por meio de sanções de caráter preventivo e retributivo. Assim sendo, não há lógica jurídica em um mesmo fato gerar um ilícito penal e não um ilícito administrativo⁷⁰.

Mesmo entre autores que defendem a independência das esferas essa questão ganha relevo. Para Rodolfo Tigre Maia:

“Reconhecer a autonomia destas diversas instâncias, todavia, não implica desconsiderar a repercussão do princípio da não-contradição ou da unidade do ordenamento jurídico, que afasta as aporias no seu âmbito. Como corolário deste princípio – que tem particular relevo no âmbito dogmático do direito penal –, afirma-se o axioma da unicidade da ilicitude, do qual decorre que, uma vez que dada atividade é caracterizada como sendo ilícita ao menos em um dos ramos normativos do ordenamento, deverá igualmente tida como tal em todos os demais, ou, ao menos, ser-lhes indiferente. Por outro ângulo, com alicerce no mesmo princípio geral e em razão da segurança jurídica dos cidadãos e da presunção de confiança na lei pelos súditos, *a fortiori*, é inevitável o reconhecimento de que a ocorrência da validação normativa de dada conduta em um ramo do Direito não permitirá que a mesma ação ou

⁷⁰ Nesse ponto, importante ressaltar que o inverso não é verdadeiro, sendo plenamente possível um ilícito administrativo não se traduzir em ilícito penal, posto não ser permitido ao Poder Judiciário, em casos de condenação administrativa, simplesmente homologar a decisão do CADE, uma vez que a previsão de infrações administrativas é mais abrangente que a criminal, não dependendo de análise de dolo ou culpa, tampouco de resultado danoso.

omissão seja concomitantemente tida por ilícita em outro âmbito normativo.”⁷¹

A impossibilidade de uma mesma conduta configurar um ilícito penal e um ilícito administrativo decorre exatamente da unidade do ordenamento jurídico, mas principalmente do princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Sendo este ramo do Direito a *ultima ratio*, não poderá haver um ilícito penal que não seja, obrigatoriamente, um ilícito nas demais esferas jurídicas.

Nessa linha de pensamento, Helena Regina Lobo da Costa afirma:

“Muito embora seja incoerente, sob o ponto de vista da antijuricidade ou ilicitude (partindo-se da conformação tradicional de que o crime é conduta típica, antijurídica e dotada de culpabilidade), admitir a configuração de um crime contra a ordem econômica, diante da inexistência de um correspondente ilícito administrativo, o fato é que, em termos práticos, a jurisprudência brasileira continua insistindo em uma suposta independência entre as instâncias.

Nessa linha, pode-se citar a teoria dos círculos concêntricos de ilicitude, segundo a qual a ilicitude penal consistiria em um círculo menor, concêntrico a um maior, representativo da ilicitude geral. Assim, haveria condutas ilícitas civil ou administrativamente, que não seriam ilícitos penais (tais como o dano culposo e a conduta de ultrapassar em semáforo vermelho ao dirigir). Por outro lado, apenas condutas tidas como ilícitas por outros ramos do direito poderiam ser consideradas ilícitos penais. Não haveria, portanto, condutas penalmente ilícitas e, concomitantemente, administrativa ou civilmente lícitas.”⁷²

No mesmo sentido é o entendimento de Pierpaolo Cruz Bottini:

“Ora, se determinado comportamento é reconhecido por um sistema de controle social menos grave que o direito penal como aceitável — ou ao menos como não intolerável — não há legitimidade para a incidência da norma penal, caracterizada como intervenção de *ultima ratio*, cuja incidência é mais restrita e limitada. Como atesta Figueiredo Dias: “se uma ação é considerada lícita (sc. conforme ao 'Direito') pelo direito civil, administrativo ou por qualquer outro, essa licitude — ou ausência de ilicitude — tem de impor-se a nível do direito penal”.

Por isso, a decisão administrativa que reconhece a licitude do comportamento — se isenta de vícios e cercada das formalidades legais — interfere

⁷¹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica**: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115/116.

⁷² COSTA, Helena Regina Lobo da. In: **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. P. 332/333.

diretamente na seara criminal, porque afasta a necessidade deste último controle, pelo princípio da subsidiariedade.”⁷³

Definida a impossibilidade de uma condenação criminal por fato considerado lícito pelo CADE, passa-se à necessidade de entender como essa proibição se manifestaria na prática. Existem duas possibilidades: a primeira, o CADE ter proferido decisão antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público; a segunda, o CADE ter se manifestado no curso da ação penal⁷⁴.

A análise iniciará pela segunda situação a fim de facilitar o entendimento.

Caso, no curso de uma ação penal, o CADE se manifeste pela atipicidade da conduta ao decidir sobre os mesmos fatos praticados pelos mesmos agentes, entende-se que ao juízo criminal caberá somente analisar a validade da decisão, ou seja, se preencheu todos os requisitos formais do ato administrativo, e não havendo nenhuma nulidade, deverá ser decretada uma sentença de absolvição por atipicidade da conduta, a fim de respeitar a unidade do ordenamento jurídico e o princípio da subsidiariedade.

Ademais, havendo expressa manifestação do órgão administrativo especializado em defesa da concorrência acerca da impossibilidade de determinada conduta lesar a ordem econômica, não parece crível uma decisão em sentido contrário, sendo natural e esperada a absolvição do réu.

A outra situação, referente à existência de uma decisão do CADE anterior ao oferecimento da denúncia, necessita de uma solução de cunho processual penal.

Entende-se que havendo uma decisão do CADE afirmando taxativamente inexistir fato típico em determinada conduta comercial de uma empresa, caberia ao Ministério Público, caso haja um inquérito policial em curso, opinar pelo seu arquivamento, devidamente fundamentado na própria decisão do CADE.

Contudo, caso o Ministério Público, diante de tal cenário, ofereça denúncia, o posicionamento que se vislumbra mais correto é no sentido de haver uma falta de justa causa

⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **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: 15/04/2014.

⁷⁴ Não se tratará, por enquanto, da possibilidade de existir ou não uma ação penal anterior à manifestação do CADE, pois tal temática será aprofundada no próximo item.

para o exercício da ação penal, implicando na rejeição da denúncia, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal⁷⁵.

A doutrina é bastante crítica acerca das condições da ação no processo penal pautadas nos ensinamentos de Liebman direcionados ao processo civil⁷⁶. De toda forma, classicamente, as condições da ação são divididas em: legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

A legitimidade de parte refere-se ao titular do direito, que seria o sujeito ativo, e ao titular da obrigação, que seria o sujeito passivo. No âmbito penal entende-se que a legitimidade de parte ativa nas ações penais públicas seria do Ministério Público, sendo o particular o legitimado ordinário nas ações penais privadas⁷⁷. O legitimado passivo seria o autor da conduta criminosa, contra quem deverá ser oferecida a ação penal. Um exemplo de ocorrência de ilegitimidade passiva penal seria uma denúncia ofertada em face da testemunha do crime. Esse ponto não traz maiores relevos para o debate em curso.

A possibilidade jurídica do pedido, por sua vez, tem relação com a possibilidade do Poder Judiciário conceder o provimento jurisdicional pleiteado. Assim, o exemplo clássico de impossibilidade jurídica do pedido na seara cível seria o pedido de divórcio em países que não o admitem.

No âmbito criminal, conforme ensina Gustavo Badaró, a possibilidade jurídica do pedido se dá em termos positivos, existindo sempre que a conduta imputada for típica. Não haveria possibilidade jurídica do pedido quando ofertada denúncia por furto de uso, por exemplo⁷⁸.

Na doutrina existem severas críticas acerca de tal condição da ação, tendo em vista que um pedido impossível invariavelmente significaria uma ausência de interesse de agir do postulante. Se está a pedir algo que o Poder Judiciário não pode oferecer, não haveria o interesse em pedir.

⁷⁵ “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 104.

⁷⁸ Idem, p. 101.

No caso de uma denúncia por prática de abuso de poder econômico em que o CADE tenha decidido pela inexistência do fato típico não se estaria diante de uma impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pedido em si, de condenação por um crime previsto em lei, é perfeitamente válido. Aos que entendem ser a impossibilidade jurídica do pedido uma faceta do interesse de agir, o entendimento pode ser diverso, pois não haveria necessidade de requerer a condenação por fato reconhecidamente atípico no âmbito administrativo.

O interesse de agir, por sua vez, é uma condição da ação desdobrada em interesse-necessidade, interesse-adequação e interesse-utilidade.

O interesse-necessidade, segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, seria a impossibilidade de se alcançar a pretensão sem a participação do Poder Judiciário⁷⁹. A maioria da doutrina entende que no âmbito criminal, considerando que só pode haver uma sanção mediante o devido processo penal, o interesse-necessidade é implícito a toda ação penal⁸⁰.

O interesse-adequação, por sua vez, refere-se à possibilidade do provimento jurisdicional pretendido ser apto a afastar a lesão cometida pelo autor. No Direito Penal é difícil vislumbrar uma situação de ausência de adequação, pois a propositura de uma ação penal com pedido condenatório sempre será o meio adequado para a imposição de uma penalidade⁸¹.

Já o interesse-utilidade seria a eficácia do pedido, ou seja, se ele terá uma utilidade prática final⁸². Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, estaria ausente a condição da ação interesse-utilidade no oferecimento de denúncia por crime na iminência de estar prescrito, uma vez que ao final do processo não seria possível obter o provimento condenatório pretendido⁸³.

Neste ponto poder-se-ia identificar a ausência do interesse-utilidade do oferecimento de denúncia por crime contra a ordem econômica já rechaçado pelo CADE, visto que fatalmente

⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 277.

⁸⁰ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. e GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 103.

⁸² Alguns doutrinadores entendem que a justa causa estaria inserida na condição da ação interesse-utilidade.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 73.

o provimento jurisdicional final seria pela absolvição do acusado, diante dos princípios da subsidiariedade e da unidade do ordenamento jurídico.

Contudo, a situação parece se adequar ainda melhor na falta de justa causa para a ação penal. A justa causa como uma condição da ação é uma inovação processual penal, inexistente no processo civil.

A justa causa deve ser entendida como a necessidade de haver indícios de autoria e prova da materialidade autorizadores da propositura da ação penal, evitando-se a atuação livre e inconsequente do órgão acusador. Segundo Gustavo Badaró, esse conceito de justa causa, baseado num suporte probatório mínimo de autoria e materialidade, visa evitar denúncias infundadas, para que o particular não se submeta ao caráter infamante do processo penal desnecessariamente⁸⁴.

No mesmo sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover:

“A exigência de demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade da existência do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma. Por isso é que um mínimo de "fumaça do bom direito" há de exigir-se, para que a acusação seja recebida e se dê prosseguimento ao processo.”⁸⁵

Para que se verifique o *fumus boni iuris* caracterizador da justa causa para a propositura da ação penal não bastam meros indícios de materialidade. É indispensável a certeza da ocorrência do crime, sem a qual a ação penal seria injusta e desnecessária⁸⁶.

Importante ressaltar que a maioria da doutrina brasileira entende que a justa causa se insere dentro da condição de ação interesse de agir. Para essa corrente, a ausência de justa causa resultaria na ausência do interesse de agir⁸⁷.

Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, entende que “será caso de impossibilidade jurídica a hipótese em que a acusação carecer de justa causa: a falta de justa causa há de ser imputada

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2012, p. 106.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.

⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2012, p. 108.

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 81-88, mai./ago. 2002.

impossibilidade jurídica da acusação. Ou seja, o ordenamento não permite que se formule acusação que não esteja lastreada na justa causa⁸⁸.

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini defendem uma terceira posição, em que a justa causa seria uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal⁸⁹. Para Afrânio Silva Jardim, por sua vez, a justa causa, enquanto suporte probatório mínimo da acusação, seria uma quarta condição da ação, específica do direito processual penal, não se confundindo com o interesse de agir ou a possibilidade jurídica do pedido⁹⁰.

Esclarecido o conceito de justa causa, como o lastro probatório mínimo de autoria e materialidade, mister se faz analisar de que forma se manifesta a ausência de tal condição da ação nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público em casos em que há decisão do CADE pela atipicidade da conduta.

O artigo 36, inciso II, da Lei nº 12.529/11 prevê a infração administrativa de dominar mercado relevante, sendo que existe a tipificação penal do abuso de poder econômico, com a dominação do mercado, nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

É indiscutível a semelhança dos dispositivos, sendo impensável a configuração do crime previsto no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 sem que se configure a infração do artigo 36, inciso II, da Lei nº 12.529/11, em respeito ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

Tomando-se essas disposições legais como exemplo, não há justificativa para que uma decisão do CADE que reconheça a atipicidade administrativa da conduta pela não ocorrência de dominação de mercado seja ignorada no âmbito penal.

As decisões do CADE no âmbito de seu Tribunal Administrativo são tomadas por membros com notório saber jurídico e econômico, utilizando-se de pareceres especializados, totalmente aptos a identificar os efeitos de determinadas praticas concorrenciais no mercado. Caso esse órgão decida pela atipicidade da conduta, sem qualquer vício ou nulidade no curso do processo administrativo, é inafastável a falta de justa causa para a propositura da ação penal,

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 81-88, mai./ago. 2002.

⁹⁰ SILVA JARDIM, Afrânio, apud CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa – reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim. In: BASTOS, Marcelo Lessa; DE AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (Organ.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim**: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 165-181.

pois não haverá certeza da materialidade delitiva (*fumus boni iuris*) a autorizar a propositura da ação penal e a justificar a exposição do particular administrativamente absolvido às amarguras da ação penal.

Portanto, havendo uma decisão fundamentada do Tribunal Administrativo do CADE, após o regular trâmite processual, acerca da atipicidade de uma conduta, não se pode afirmar haver prova da materialidade de um crime a autorizar a propositura de uma ação penal. E, caso o órgão acusador ofereça a denúncia, a solução correta será a sua rejeição por falta de justa causa, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

3.4. Na ausência de juízo de ilicitude

A última hipótese a ser analisada é quando o CADE ainda não se manifestou em relação a ocorrência de uma infração administrativa. A questão que se coloca é se haveria a necessidade do Poder Judiciário aguardar uma manifestação do CADE, nos moldes do que se dá no âmbito dos crimes tributários, em que a manifestação do Conselho de Contribuintes é indispensável para a configuração do delito, conforme estabelece a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal⁹¹.

A questão posta não deve ser tratada sob o prisma da independência das esferas, mais do que superado, seja pela própria Lei Antitruste, que prevê a extinção da punibilidade criminal em caso de cumprimento de acordo firmado no âmbito administrativo, seja pelo teor da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, que, como visto, reconhece a relação entre as instâncias. A solução deve partir da análise do conteúdo das decisões proferidas pelo CADE.

Em primeiro lugar, indispensável entender se a decisão do CADE configuraria uma condição objetiva de punibilidade, sem a qual não poderia ocorrer o início da ação penal.

Nelson Hungria, acerca das condições objetivas de punibilidade assevera:

“É de acentuar que, às vezes, a punibilidade é condicionada a certas circunstâncias extrínsecas ao crime, isto é, diversas da tipicidade, da injuricidade e da culpabilidade. São denominadas condições objetivas de

⁹¹ “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

punibilidade. Representam um *quid pluris* indispensável para que, à violação da lei penal, se siga a possibilidade de punição. Dizem-se condições porque são alheias à culpabilidade do agente. Nada têm a ver com o crime em si mesmo, pois estão fora dele.”⁹²

As condições objetivas de punibilidade, para Erika Mendes de Carvalho e Daiane Ayumi Kassada, seriam circunstâncias excepcionalmente criadas pelo legislador, alheias à estrutura do delito e não relacionadas ao dolo, mas cuja ausência impediria a aplicação de pena, mesmo que praticada uma conduta típica, ilícita e culpável⁹³.

Ada Pellegrini Grinover, sobre a questão, afirma:

“Exemplos de condições de procedibilidade são: a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça; a entrada do agente no território nacional; a admissão, pela Câmara dos Deputados, da acusação contra o Presidente da República, para ser processado por crimes comuns; e o trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.”⁹⁴

Assim, as condições objetivas de punibilidade não integram o tipo penal, sendo exteriores a ele, mas condicionam diretamente a possibilidade de aplicação de pena, sendo criadas por uma política-legislativa.

A maioria dos pensadores entende que a indispensável manifestação do Conselho dos Contribuintes nos crimes tributários se reveste de uma condição objetiva de punibilidade⁹⁵. Outros entendem que no caso específico dos crimes tributários, tal manifestação é parte integrante do tipo, sem a qual não haveria a materialidade delitiva. Nesse sentido o pensamento de Cezar Roberto Bittencourt e Luciana de Oliveira Monteiro:

“Enfim, os motivos que justificam a necessidade de encerramento do processo administrativo-fiscal têm por base, portanto, dois fatores: por um lado, a certeza da materialidade do fato típico, quando a questão discutida afete a caracterização da tipicidade, e, de outro lado, a exequibilidade da medida de caráter político-criminal que consiste em possibilitar ao contribuinte efetuar o pagamento ou o parcelamento da dívida certa e exigível, antes do recebimento da denúncia.”⁹⁶

⁹² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, tomo II, p. 26.

⁹³ CARVALHO, Erika Mendes; KASSADA, Daiane Ayumi. **As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2e9cc560680cfadf>>. Acesso em: 18/11/2014

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.

⁹⁵ É o caso de Ada Pellegrini Grinover, op. cit.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

Não se pode afastar a ideia de que apenas ao Fisco é permitido constituir a exigência de um tributo, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional⁹⁷, sendo competência privativa sobre a qual não pode o Judiciário se apossar. Assim, exigindo o tipo penal a redução ou supressão de tributos, apenas ao órgão administrativo caberá essa constatação, o que motiva a necessidade da ação penal não iniciar antes da manifestação do Conselho de Contribuinte.

Com relação aos crimes contra a ordem econômica, em primeiro lugar não se pode falar que a decisão do CADE se reveste de condição objetiva de punibilidade, pois estas são criadas pelo Poder Legislativo, emanando de uma política-criminal, sendo que tal previsão inexiste em nosso ordenamento.

Ainda, a respeito de se tratar de condição integrante do tipo penal, tal como ocorre nos delitos tributários, é necessário fazer a seguinte distinção: o CADE não cria nenhum direito ou obrigação, tal como o Fisco, apenas reconhece a existência ou não de determinadas situações, pautado nos requisitos legais, tratando-se de decisões de cunho vinculado.

O CADE não gera nenhum dos elementos dos tipos contra a ordem econômica. Não é a sua decisão que, por exemplo, constitui a dominação de mercado ou o abuso de posição dominante. O órgão apenas os reconhece ou não, com base nos princípios econômicos e jurídicos.

Portanto, não se pode aceitar a ideia de haver a necessidade do Poder Judiciário aguardar eventual decisão do CADE, aplicando-se forçosamente o artigo 93 do Código de Processo Penal⁹⁸, para poder se manifestar sobre a ocorrência de um crime contra a ordem econômica.

Apesar de caminhos de pensamento opostos, Ana Paula Martinez também afirma não haver necessidade de apreciação pelo CADE a autorizar o início da ação penal, entendendo a

⁹⁷ “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

⁹⁸ “Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.”

autora que o CADE realiza apenas uma valoração subjetiva dos fatos do ponto de vista administrativo sobre a existência do ilícito⁹⁹.

É necessário esclarecer que o entendimento acerca da desnecessidade de uma manifestação administrativa a autorizar o início da ação penal não revela contradição com as posições anteriormente expostas acerca da necessidade do Poder Judiciário levar em consideração as decisões do CADE sobre a ilicitude ou não de determinada conduta.

Conforme dito, havendo um juízo positivo de ilicitude por parte do CADE, não deverá o Poder Judiciário apenas homologar a decisão, uma vez que os ilícitos administrativos são mais abrangentes que as tipificações penais. Contudo, nessa circunstância, em caso de condenação penal, haverá necessidade de se reconhecer como uma causa atenuante da sanção penal as penas administrativas aplicadas.

Outrossim, se manifestando o CADE pela atipicidade da conduta, em respeito aos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da unidade do ordenamento jurídico, não poderá haver uma condenação penal ao agente pelos mesmo fatos.

Contudo, em nenhum momento se disse que o CADE gera uma das circunstâncias elementares do tipo penal, tal como ocorre com o Fisco nos casos tributários. As posições adotadas pautam-se em princípios penais, levando-se em conta a importância do órgão administrativo, mas jamais a exasperando.

Portanto, não se vislumbra a existência de uma condição objetiva de punibilidade nas decisões do CADE, tampouco elemento caracterizador de uma das elementares dos tipos penais referentes à ordem econômica.

⁹⁹ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013, p. 249.

Conclusão

A evolução do Direito Antitruste no Brasil é particular em relação ao resto do mundo, uma vez que sempre se pautou pela defesa do consumidor, o destinatário final dos benefícios do perfeito funcionamento do mercado. O legislador brasileiro jamais pretendeu a proteção da livre concorrência como um fim em si mesmo, tal como se deu nos Estados Unidos da América.

Após um longo desenvolvimento das leis, o constituinte previu na Carta Magna de 1988 a expressa tutela da ordem econômica, no artigo 170 e seguintes, elevando-a a um patamar de bem jurídico relevante, obrigando o Poder Legislativo a criar mecanismos para a sua proteção. Na mesma linha, há previsão da proteção da livre concorrência e do consumidor como princípios a alcançar a tutela da ordem econômica.

A proteção da livre concorrência, como visto, invoca a igualdade de condições mínimas de concorrência, com liberdade de acesso e permanência no mercado, ou seja, uma preocupação com as estruturas ou práticas que possam falsear a igualdade de condições mínimas.

A defesa dos consumidores, por sua vez, enquanto titulares imediatos das regras concorrências, preocupa-se com a eficiência alocativa e a correta distribuição de seus benefícios entre os agentes e os consumidores, ou seja, que o menor custo de produção resulte em um menor preço dos produtos ao consumidor.

No âmbito administrativo foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão da administração pública especializado na defesa da concorrência que, por meio de seu Tribunal Administrativo, analisa a existência de infrações contra a ordem econômica.

Em um ambiente de mercado que jamais será perfeito, havendo distorções naturais decorrentes da livre concorrência, algumas práticas comerciais podem gerar lesões à ordem econômica e, indiretamente, ao consumidor. Caso uma empresa abuse de sua posição dominante, limitando a concorrência e alterando preços, afetará o consumo. A legislação, importante frisar, não pune o poder econômico em si, que sempre existirá e decorre da melhor habilidade de certos agentes atuarem no mercado. O que se visa inibir é o abuso de tal poder, com a dominação total ou parcial da concorrência, que gera uma acomodação do agente, que invariavelmente diminuirá a sua produção e aumentará o preço final dos produtos, em prejuízo ao consumidor.

Uma das condutas anticoncorrenciais mais lesivas à ordem econômica é o cartel, consistente em um acordo entre concorrentes em prejuízo ao mercado e ao consumidor. Para o agente econômico a concorrência é um mal, pois lhe impõe a necessidade de competir, gerando diminuição de lucros e risco de perda de mercado. Assim, o cartel, que se manifesta em mercados oligopolizados, em que poucos agentes detém o poder econômico, é uma saída adotada pelos agentes para evitar os riscos concorrenciais, repartindo-se benefícios entre competidores em prejuízo ao consumidor.

Para coibir tais condutas, o Legislador previu a sua punição em tipos administrativos e tipos penais.

No artigo 36 da Lei nº 12.529/11 foram previstas as infrações administrativas à ordem econômica. No *caput* a lei previu a regra geral, punindo qualquer ato que tenha por objeto ou possa produzir efeitos nocivos à ordem econômica. O parágrafo 3º de mencionado artigo, por sua vez, apresenta um rol exemplificativo de condutas, que analisadas em conjunto com a previsão do *caput*, serão consideradas ilícitas.

No âmbito criminal a previsão está no artigo 4º da Lei nº 8.137/90, com redação dada pela Lei nº 12.529/11. Na tutela da ordem econômica em ambas as esferas o legislador criou um certo paralelismo nos textos legais, sendo que o inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/90 é similar ao disposto no inciso IV do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, tendo em vista que ambos reprimem o abuso do poder econômico.

Uma diferença fundamental entre as infrações é que o tipo administrativo é mais abrangente que o penal, pois não exige dolo ou culpa, tampouco o resultado danoso, bastando seu potencial lesivo.

A importância da tutela da ordem econômica é inegável e a previsão de punição tanto no âmbito administrativo quanto penal para as condutas lesivas se mostra acertada, a fim de se proteger adequadamente um bem jurídico fundamental, principalmente em relação às pessoas físicas que comandam as grandes organizações.

Diante da dupla previsão de infrações, impossível ignorar de que forma ambas as instâncias interagem, nas seguintes situações: quando o CADE se manifestou pela existência de infração à ordem econômica; quando o CADE se manifestou pela inexistência de infração contra a ordem econômica por falta de provas; quando o CADE se manifestou pela inexistência

de infração contra a ordem econômica por atipicidade; e quando o CADE ainda não se manifestou sobre a conduta.

Na primeira situação, em que o CADE reconhece uma infração à ordem econômica, é fundamental entender se há diferença entre os ilícitos. A posição adotada é no sentido de que o *jus puniendi* estatal é uno, devendo tutelar bens jurídicos essenciais. A tutela de determinado bem jurídico se dará pela esfera administrativa ou penal a depender de uma política criminal pautada na necessidade, respeitando-se o princípio da *ultima ratio*. Somente se o Direito Administrativo for insuficiente para reprimir e retribuir a lesão ao bem jurídico é que o legislador estará autorizado a utilizar o Direito Penal. Assim, não existem diferenças substanciais entre as infrações, tratando-se de opção legislativa.

Ocorre que mesmo diante de tal aproximação entre as esferas, não é permitido ao Poder Judiciário, em casos de condenação administrativa, simplesmente homologar a decisão do CADE, pois a previsão de infrações administrativas é mais abrangente que a criminal, não necessitando de dolo ou culpa, tampouco resultado lesivo.

Portanto, uma infração administrativa à ordem econômica não resultará necessariamente em um crime contra a ordem econômica, cabendo a instauração de uma ação penal, que poderá gerar uma manifestação do Poder Judiciário distinta da proferida pelo CADE acerca da punição do agente, por conta das especificidades do tipo penal. O Poder Judiciário, ainda, poderá confirmá-la, aplicando a pena mais severa, de privação da liberdade, não podendo se falar em *bis in idem* em relação a esta penalidade de conteúdo exclusivo do Direito Penal.

Uma possível solução com relação à penalidade de multa aplicada pelo CADE diretamente à pessoa física, seria sua utilização como uma circunstância atenuante da pena no momento de imposição da sanção pelo Poder Judiciário, a fim de ser respeitado o princípio da proporcionalidade. Assim, uma pessoa física condenada administrativamente a uma pena de multa poderia ser condenada criminalmente à pena de prisão, sem que se aplicasse nova pena de multa, ou ter o montante de tal pena diminuído.

Portanto, entende-se que o Direito Administrativo e o Direito Penal não são totalmente independentes, havendo correlação substancial entre as infrações nas duas esferas, que buscam tutelar o mesmo bem jurídico, sendo que as suas sanções possuem caráter repressivo e retributivo. A diferença fundamental é a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade no âmbito penal.

Diante dessa aproximação, é necessária uma alteração legislativa a fim de dar ao ordenamento jurídico uma unidade lógica, prevendo que as penas aplicadas pelo CADE diretamente às pessoas físicas sirvam como circunstância atenuante, respeitando-se o princípio da proporcionalidade.

Em outra situação, se o CADE, por meio de uma correta e legítima investigação administrativa, decidir pela atipicidade da conduta do agente econômico, pautado, por exemplo, na impossibilidade absoluta desta gerar dominação de mercado, não se pode admitir que o Poder Judiciário ignore tal entendimento, proferindo decisão diametralmente oposta, gerando insegurança jurídica. Uma decisão condenatória penal feriria os princípios da subsidiariedade e da unidade do ordenamento jurídico.

A função da previsão legal de ilícitos administrativos e ilícitos penais, como já visto, é substancialmente a mesma, qual seja, proteger um bem jurídico relevante (neste caso a ordem econômica) por meio de sanções de caráter preventivo e retributivo. Assim sendo, não há lógica jurídica em um mesmo fato gerar um ilícito penal e não um ilícito administrativo.

As decisões do CADE no âmbito de seu Tribunal Administrativo são tomadas por membros com notório saber jurídico e econômico, utilizando-se de pareceres especializados, totalmente aptos a identificar os efeitos de determinadas práticas concorrenciais no mercado. Caso esse órgão decida pela atipicidade da conduta, sem qualquer vício ou nulidade no curso do processo administrativo, é inafastável a falta de justa causa para a propositura da ação penal, pois não haverá certeza da materialidade delitiva (*fumus boni iuris*) a autorizar a propositura da ação penal e a justificar a exposição do particular administrativamente absolvido às amarguras da ação penal.

Portanto, havendo uma decisão fundamentada do Tribunal Administrativo do CADE, após o regular trâmite processual, acerca da atipicidade de uma conduta, não se pode afirmar haver prova da materialidade de um crime a autorizar a propositura de uma ação penal. E, caso o órgão acusador ofereça a denúncia, a solução correta será a sua rejeição por falta de justa causa, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Na última situação, acerca da ausência de uma manifestação pelo CADE, não se entende haver uma condição objetiva de punibilidade a impedir o início da persecução penal.

Com relação aos crimes contra a ordem econômica, em primeiro lugar não se pode falar que a decisão do CADE se reveste de condição objetiva de punibilidade, pois estas são criadas pelo Poder Legislativo, emanando de uma política-criminal, sendo que tal previsão inexiste em nosso ordenamento.

Ainda, a respeito de se tratar de condição integrante do tipo penal, tal como ocorre nos delitos tributários, é necessário fazer a seguinte distinção: o CADE não cria nenhum direito ou obrigação, tal como o Fisco, mas apenas reconhece a existência ou não de determinadas situações, pautado nos requisitos legais, tratando-se de decisões de cunho vinculado.

Portanto, não se pode aceitar a ideia de haver a necessidade do Poder Judiciário aguardar eventual decisão do CADE, aplicando-se forçosamente o artigo 93 do Código de Processo Penal, para poder se manifestar sobre a ocorrência de um crime contra a ordem econômica.

Diante do exposto, nota-se a necessidade da doutrina brasileira se debruçar ainda mais sobre as questões levantadas, posto haver grande distância até uma solução conclusiva aos problemas apontados, que se deve afastar da corrente comum que simplifica o debate em torno de uma hipotética independência entre as esferas administrativa e penal.

Bibliografia

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economização do direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. **A florescência da cooperação jurídica internacional no combate aos cartéis transfronteiriços**: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13022014-160855/>>. Acesso em: 28.11.2014

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Walter Barbosa. **As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena**: um estudo sobre a responsabilidade do tema na teoria do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **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: 15/04/2014.

BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser;

DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). **Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 135-165.

CARVALHO, Vinicius Marques de. **Aspectos históricos da defesa da concorrência**. In: CORDOVIL, Leonor...[et al.] Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.259, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

CARVALHO, Érika Mendes; KASSADA, Daiane Ayumi. **As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2e9cc560680cfadf>>. Acesso em: 18/11/2014.

CASERMEIRO, Pablo Rando. **La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: um análisis de política jurídica**. Valencia/Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Justa causa – reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim. In: BASTOS, Marcelo Lessa; DE AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (Organ.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 165-181.

COSTA, Helena Regina Lobo. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Dissertação (Livre-Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

_____. In: **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal; homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUC/RS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.119-136.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; e DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014

DOURADO, Eduardo F. A. Piovesan. A questão da independência entre as esferas judicial e administrativa no âmbito criminal. In: VIEIRA, Ariovaldo M. (Coord.). **Temas relevantes no direito penal econômico e processual penal**. São Paulo: Federal, 2007, p. 65-90.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua aceção constitucional. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Termos de Compromisso de Cessação (TCC) e seus reflexos no crime de cartel. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 190, p. 9-10, set. 2008.

_____. A (in)dependência entre as instâncias administrativas e penais nos crimes de cartel e os reflexos no âmbito de mediação do conflito. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume III**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 345-361.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 295-400.

GASPARINI, Melissa Ferreira. A ordem econômica constitucional e a efetivação do princípio da livre concorrência. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 5, n. 8, p. 138-137, 2002.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08072010-175038/>>. Acesso em: 12/10/2014.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 81-88, mai./ago. 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, v. 2, n. 3, p.249-276, jul./dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso de poder econômico. In: PRADO, Luiz Regis; e DOTTI, René Ariel (Organ.) **Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico** (coleção doutrinas essenciais, v. 2). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, tomo II.

LAZZARINI, Alexandre Alves. A intervenção do CADE no processo judicial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 3, n. 10, p.135-142, jul./ago. 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGNO, Alexandre; AGUIAR, Fernandes Moreira. A comunicabilidade de instâncias nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 177, p.11, ago. 2007.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/>>. Acesso em: 10/11/2014.

MANGONARO, Junio César. **A influência dos cartéis internacionais nas políticas macroeconômicas brasileiras**. Disponível em <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista006/carteles.htm>>, Acesso em 28.11.2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Cade e o poder judiciário. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 13-22.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4ª ed. Madri: Tecnos, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, volume 1. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré...[et. al.]. **Direito Penal Brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. Os fundamentos da tutela penal antitruste. In: PRADO, Luiz Regis; e DOTTI, René Ariel (Organ.) **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico (coleção doutrinas essenciais, v. 2). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PANTONI, Roberta Alessandra. **Livre iniciativa e livre concorrência na obra “A riqueza das nações” de Adam Smith**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807>, Acesso em 28.11.2014.

PORTO, Roberto. O acordo de leniência e sua eficácia no combate ao crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

_____. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93-100.

ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito antitruste e crise-perspectivas para a realidade brasileira**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17122013-082130/>>. Acesso em: 28.11.2014

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. A defesa da concorrência no sistema financeiro: um modelo para o Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, p.435-451, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de "ultima ratio" en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2006. p. 181-213.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STOCO, Rui. In: **Lei penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Coord. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, RUI. 7ª ed. rev., atual. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

_____. Abuso do poder econômico e sua repressão: mecanismos. In: PRADO, Luiz Regis; e DOTTI, René Ariel (Organ.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico (coleção doutrinas essenciais, v. 2). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011,

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.