

DÉBORA POETA WEYH

**TUTELA JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DA
LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL SOB ENFOQUE DO
PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada como requisito
para a obtenção do grau de Mestre,
pelo Programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais da Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre
2009

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO-NA-PUBLICAÇÃO (CIP)

W547t Weyh, Débora Poeta

Tutela Jurídica da Ordem Econômica em Sentido Estrito: análise da legitimidade da intervenção jurídico-penal sob enfoque do princípio da subsidiariedade do direito penal [manuscrito] / Débora Poeta Weyh. – 2009. f. ; il.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2009, Porto Alegre, BR-RS.

Orientador: Fabio Roberto D'Avila.

1. Direito penal. 2. Direito econômico. 3. Direito comparado. 4. Ordem econômica – Tutela jurídico-penal. 5. Livre concorrência. I. D'Avila, Fabio Roberto. II. Título.

CDU – 343.2

RESUMO

A presente dissertação, vinculada à Linha de Pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS, busca analisar a controvérsia acerca da legitimidade da tutela penal da livre concorrência, especialmente sob o enfoque da subsidiariedade. Embora haja consenso acerca da importância valorativa do bem jurídico *livre concorrência* no modelo político-econômico brasileiro, a ponto de merecer uma proteção por meio do Direito Penal, a temática da carência dessa tutela encontra divergências, especialmente em razão da proteção conferida a esse bem jurídico por meio do Direito Administrativo sancionador (CADE). Diversas são as vozes que soam no sentido de que a maior eficiência da tutela administrativa conduziria à deslegitimidade da tutela penal com base no princípio da subsidiariedade. Para empreender a análise dessa crítica, realiza-se um estudo acerca da valoração axiológica da livre concorrência e das formas como vem sendo conferida sua tutela no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. O objetivo foi, justamente, realizar uma análise comparativa para adentrar na questão da necessidade da tutela penal. Neste ponto específico, além de uma abordagem conceitual do princípio da subsidiariedade, nitidamente imbricado com o princípio da necessidade, constatou-se que o parâmetro da eficiência, embora seja importante para aferir a carência de tutela penal no âmbito do Direito Penal secundário, não pode ser visto como suficiente para conduzir à descriminalização da tutela penal da livre concorrência, em face da sua valoração axiológica e da diferenciação de funções entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. Por fim, objetivando tornar a intervenção jurídico-penal da livre concorrência consentânea com o princípio da *ultima ratio*, propõe-se alguns critérios para sua redução ao núcleo de ofensas que se mostrem mais intoleráveis ao bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal econômico – Livre concorrência – Legitimidade do direito penal – Direito administrativo sancionador – Subsidiariedade

ABSTRACT

The present dissertation's intent, in connection with the Researching Line of Contemporary Criminal-Legal Systems, of the Postgraduate Studies Program in Criminal Sciences of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, is to analyze the controversy about the legitimacy of the free competition's criminal tutelage under the approach of the subsidiarity. Although there is a consensus about the valorative importance of the free competition's legal interest in the Brazilian political-economic model, to the point of deserving a protection under the Criminal Law, the theme of such controversy comes across some divergences, mainly by reason of the protection provided to such legal interest by means of the sanctioning Administrative Law (CADE). Several are the voices uttered in the sense that a greater efficiency of the administrative protection would lead to the illegitimacy of the criminal protection based on the principle of subsidiarity. So as to carry out the analysis of such a critic, a study is made on the axiological valuation of the free competition, and on the ways its protection is being conferred in the realm of the Brazilian juridical system and in the compared law. The objective was exactly making a comparative analysis, so as to approach the question of the necessity of the criminal tutelage. In this specific point, besides a conceptual approach of the principle of subsidiarity, clearly interconnected with the principle of necessity, it has been noticed that the parameter of efficiency, although being important for measuring the lack of criminal tutelage in the realm of the secondary Criminal Law, cannot be seen as sufficient for leading to the decriminalization of the free competition's criminal tutelage, in face of its axiological valuation and of the differentiation of functions between the Administrative Law and the Criminal Law. Finally, in order to turn the juridical-criminal intervention of the free competition in accordance with the *ultima ratio* principle, some criteria are proposed, which may lead to the its reduction to the core of offenses that seem to be more intolerable to the legal interest.

KEYWORDS: Economic criminal law – Free competition – Legitimacy of criminal law – Sanctioning administrative law - Subsidiarity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
.....	
1 A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA: DIGRESSÃO HISTÓRICA DESDE A GÊNESE ATÉ STATUS DE VALOR CONSTITUCIONAL DIGNO DE TUTELA PENAL	14
.....	
1.1 ESTADO, DIREITO E ECONOMIA: UMA DIGRESSÃO HISTÓRICA PARA COMPREENSÃO DA IMPORTÂNCIA DA TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO	14
.....	
1.2 DIREITO ECONÔMICO E ORDEM ECONÔMICA: CONCEITO E PRINCÍPIOS	21
.....	
1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL	25
.....	
1.4 A IMPORTÂNCIA DA TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA EM UMA ECONOMIA DE MERCADO	30
.....	
1.5 O BEM JURÍDICO TUTELADO NO DIREITO ANTITRUSTE	34
.....	
2 A TUTELA JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO: DA GÊNESE ÀS LEGISLAÇÕES ATUALMENTE VIGENTES	41
.....	
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO	41
.....	
2.2 MODELOS DE PROTEÇÃO JURÍDICA DA ORDEM ECONÔMICA	46
.....	
2.3 A TUTELA ADMINISTRATIVA DA ORDEM ECONÔMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE	48
.....	
2.4 CONTORNOS DOGMÁTICOS DA TUTELA PENAL ANTITRUSTE	57
.....	
2.4.1 Art. 4º	57

.....	
2.4.2 Art. 5º	66
.....	
2.4.3 Art. 6º	70
.....	
2.4.4 Substituição da Pena Privativa de Liberdade em Multa: administrativização do Direito Penal?	72
.....	
2.5 TUTELA ADMINISTRATIVA E TUTELA PENAL: A PROBLEMÁTICA DA AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS	75
.....	
2.6 A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NO DIREITO COMPARADO	79
.....	
2.6.1 Estados Unidos da América	79
.....	
2.6.2 Reino Unido	81
.....	
2.6.3 Alemanha	84
.....	
2.6.4 Portugal	86
.....	
2.6.5 Argentina	88
.....	
3 SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E TUTELA PENAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA: INCOMPATIBILIDADE OU INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DO PRINCÍPIO?	92
.....	
3.1 A BUSCA PELA LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO: DAS ORIGENS À ATUALIDADE	92
.....	
3.2 FRAGMENTARIEDADE E DIGNIDADE PENAL: PROBLEMA PRIMEIRO DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL	95
.....	
3.3 SUBSIDIARIEDADE, <i>ULTIMA RATIO</i>, NECESSIDADE PENAL E CARÊNCIA DE TUTELA PENAL: DELINEAMENTOS PARA ELABORAÇÃO DE UM CONCEITO	100

CONCRETO.....	
3.3.1 Necessidade Penal e Necessidade Constitucional: contornos acerca da liberdade de configuração do legislador	104
3.3.2 Dupla Perspectiva de Análise da Incidência da Necessidade Penal: no Direito Penal nuclear e no Direito Penal secundário. Ponto de Partida para compreensão da Subsidiariedade do Direito Penal	106
3.4 O CONTRIBUTO DO FUNDAMENTO ONTO-ANTROPOLÓGICO DO DIREITO PENAL PARA DESMISTIFICAR A EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE DESLEGITIMAÇÃO DA TUTELA PENAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA	110
3.4.1 É possível sustentar a eficácia do Direito Administrativo e a ineficácia do Direito Penal na tutela dos ilícitos antitruste?	112
3.4.2 Imprescindível Adoção de um Fundamento Onto-Antropológico Para o Direito Penal	117
3.5 A TUTELA PENAL E A TUTELA ADMINISTRATIVA: RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE E NÃO DE SUBSIDIARIEDADE	120
3.5.1 Ilícito Penal e Ilícito Administrativo: diferenciação qualitativa ou quantitativa?	120
3.5.2 Direito Administrativo Como <i>Prima Ratio</i> e Direito Penal Como <i>Ultima Ratio</i>: para uma relação de complementariedade e não de subsidiariedade	124
3.6 <i>ULTIMA RATIO</i> E TUTELA PENAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA: DELINEAMENTOS PARA REDUÇÃO DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL EXISTENTE	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

Um dos temas de grande relevo no Direito Penal econômico é, com certeza, relacionado à legitimidade da sua intervenção. No âmbito desse cenário, discute-se a dignidade penal dos bens jurídicos tutelados e a carência da tutela penal específica. O segundo critério limitador (necessidade penal ou carência de tutela penal) assume especial relevância nos casos em que a valoração jurídica, derivando-se da ordem constitucional, exterioriza-se duplamente, na tutela administrativa e na penal. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes contra a livre concorrência, objeto de análise da presente investigação.

Nesse preciso setor (Direito Penal Antitruste) há uma sinalização doutrinária indicativa de que – considerada a duplicidade de valoração jurídica – o Direito Administrativo sancionador, revelando-se, na espécie, mais eficiente do que o Direito Penal, deslegitimaria a intervenção jurídico-penal à base do princípio da subsidiariedade.

Por detrás da crítica, avulta uma compreensão que se afigura superficial em torno à subsidiariedade do Direito Penal, carente de um maior adensamento teórico. Essa insuficiência dogmática já fora diagnosticada por Costa Andrade, ao revelar a *Babel* em que se converteu a doutrina do merecimento e da necessidade de tutela penal: “todos tratando do mesmo, são raros os que tratam da mesma coisa”¹.

Dessa forma, o escopo da pesquisa consiste em verificar se a existência de uma intervenção administrativa aparentemente atuante, como o é a realizada pelo CADE no âmbito do Direito Antitruste, teria o condão de deslegitimar a tutela penal com fundamento no princípio da *ultima ratio* (subsidiariedade).

Nesse desiderato, impõe-se desnudar a (in)operatividade – ajustada, por certo, ao objeto de análise – dos critérios tradicionalmente utilizados para a aferição do juízo de necessidade da intervenção jurídico-penal.

É dizer, em síntese: juízos positivos ou negativos em torno à subsidiariedade do Direito Penal estão, de fato, a exigir um questionamento acerca dos critérios que tradicionalmente os informam. Esse é um passo necessário a fim de que efetivamente se possa constatar a validade – ou não – da proposição que funciona como o fio condutor da pesquisa: se a propalada eficiência da tutela administrativa conduziria, como corolário imediato, à ilegitimidade da tutela penal, no caso.

Nessa proposta, a pesquisa inicia com a análise da relação entre os modelos de Estado e a economia, cujos contornos relevam-se essenciais à compreensão da importância valorativa da ordem econômica. Nesse tom, a importância da livre concorrência será analisada desde a égide do Estado

¹ ANDRADE, Manuel da Costa. A “Dignidade Penal” e a “Carência de Tutela Penal” Como Referência de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 2, p. 173-205, abr./jul. 1992.

Liberal, passando pelo Estado do Bem-Estar Social e chegando à sua constitucionalização.

Na sequência, demonstrar-se-á a dupla tutela da livre concorrência: administrativa e penal, tanto no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro como no direito comparado. A proposta deste tópico é, além de realizar delineamento dogmático, demonstrar a diferenciação entre os âmbitos de intervenção e aferir se é criminalizadora ou descriminalizadora a tendência mundial desse objeto específico de tutela.

Por derradeiro, como ápice do estudo, o último capítulo dedica-se à análise da legitimidade da intervenção penal da livre concorrência, passando pela dignidade constitucional do bem jurídico e conferindo maior adensamento à problemática da subsidiariedade da tutela penal. Ademais de se conceituarem seus princípios delineadores, será averiguada sua potencialidade, a partir dos critérios tradicionalmente apontados, de deslegitimar a intervenção penal da livre concorrência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação permite a formulação de algumas proposições que visam a contribuir, como verdadeiros novos pontos de partida, para a elucidação da necessidade da tutela penal da livre concorrência.

A importância valorativa da ordem econômica em sentido estrito deve ser analisada, sempre, em consonância com o modelo político-econômico de Estado em que está engendrada. Apesar de a intervenção estatal na economia sob a égide do Estado Liberal ter sido muito reduzida, já havia, nesse preciso momento histórico, a tutela da livre concorrência, pois o mercado deveria se autorregular, sem a intervenção do Estado, mas também sem a ocorrência de abusos do poder econômico por parte de seus agentes. Logo, não se pode afirmar que a tutela da livre concorrência apenas se justifica quando presente a intervenção do Estado na economia.

O fracasso do liberalismo e a conseqüente intervenção estatal na economia intensificaram a importância da livre concorrência e da livre iniciativa como pilares da ordem econômica, ao lado de uma intensa e crescente preocupação com o seu aspecto social, vislumbrado, especialmente, na defesa dos consumidores. É justamente nesse cenário que ocorre a constitucionalização da livre concorrência como princípio fundamental da ordem econômica.

A Constituição Federal não se preocupou apenas em assentar a grandeza axiológica da livre concorrência, mas impôs, também, uma ordem de tutela ao legislador ordinário, demonstrando a necessidade de fortalecimento da política concorrencial. Decerto que tal mandamento não é de criminalização, ficando sujeito ao legislador a opção por uma tutela penal ou de uma tutela administrativa.

O Direito Penal econômico em sentido estrito (Direito Penal antitruste) deve ser compreendido como um setor do Direito Penal que se ocupa da defesa de bens jurídicos transindividuais, não podendo sua existência ser justificada a partir de direitos ou prejuízos individuais, sob pena de perder sua própria identidade. A importância axiológica que funda a possibilidade de intervenção penal dessa seara deve ser compreendida e justificada a partir do sistema econômico ou, mais precisamente, da ordem econômica, sufragada em seus princípios formadores. Nesse particular é que a livre concorrência, tomada como pilar estruturante da ordem econômica em sentido estrito, deve ser apontada como o bem jurídico tutelado no direito antitruste.

A tutela jurídica da livre concorrência originou-se nos Estados Unidos da América, no século XIX, tendo se acentuado, não apenas naquele país, mas também na Europa e na América como um todo, a partir da constatação da importância desse bem jurídico em uma economia de mercado e dos grandes prejuízos que as práticas restritivas da concorrência ocasionam tanto para o mercado como para os consumidores.

A proteção da livre concorrência, desde sua origem, vem sendo conferida tanto pelo Direito Administrativo como pelo Direito Penal, tendo ficado restrita, em alguns ordenamentos jurídicos, a um dos setores. No Brasil, a

gênese da tutela foi realizada por meio do Direito Penal, mas, com a evolução da legislação, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela proteção conjunta (Direito Penal e Direito Administrativo) da livre concorrência.

Hodiernamente, a tutela administrativa da livre concorrência é conferida pela Lei nº 8.884/1994, sendo sua aplicabilidade exercida pelo CADE, órgão ligado ao Poder Executivo e criado especificamente para tal fim. Já no âmbito penal, a tipificação das condutas contrárias à livre concorrência está presente na Lei nº 8.137/1990, precisamente em seus artigos 4º a 6º. Ao contrário do sustentado por parte da doutrina, não há identidade absoluta entre as ilicitudes penal e administrativa da livre concorrência, tendo o legislador se preocupado com a inclusão de elementos diferenciadores. Isso não significa, entretanto, que a tutela penal existente esteja constricta às formas mais graves de ofensa, como almejado em um modelo de Direito Penal liberal. Ao contrário, encontram-se presentes, inclusive, tipos penais que não se amoldam ao conceito de crime como ofensa a bem jurídico, caracterizando-se, em verdade, como meras desobediências de deveres administrativos.

Com a análise da legislação de ordenamentos jurídicos estrangeiros foi possível inferir que a temática acerca da necessidade da intervenção jurídico-penal da livre concorrência é motivo de debate mundialmente, encontrando-se recentes legislações com tendências neocriminalizadoras e descriminalizadoras. A prevalência é, contudo, no sentido da necessidade da tutela penal, indicada tanto pela criação de novos tipos penais como pelo recrudescimento das sanções impostas.

A busca por critérios limitadores do poder punitivo vem desde o Iluminismo em progressiva evolução. Hoje é indiscutível que o único modelo de crime passível de existência em um Estado Democrático de Direito é aquele orientado à tutela subsidiária de bens jurídicos dignos de proteção penal. Sua legitimidade está, pois, condicionada, notadamente, à presença de dois requisitos fundamentais: dignidade penal do bem jurídico protegido e necessidade (ou carência) de tutela penal.

A dignidade penal do bem jurídico é uma análise valorativa acerca da sua importância em determinado e específico contexto histórico, econômico e social. Embora não seja possível catalogar, de forma concreta e absoluta, todos os bens que ostentam tal característica, é possível identificar sua relação com os valores constitucionais, de modo que, na expressão de Dolcini e Marinucci, a Constituição Federal represente a “estrela-polar” do legislador penal.

A necessidade penal (carência de tutela penal) é um princípio que mantém relação de imbricação com a idéia de subsidiariedade, impondo que o legislador apenas lance mão do Direito Penal para proteção de determinado bem jurídico nos casos em que todos os meios da política social, em particular da política jurídica, se revelarem insuficientes e inadequados.

Apesar de sua conceituação não comportar dissonâncias na doutrina, suas consequências empíricas vêm demonstrando uma interpretação equivocada do seu conteúdo, especialmente porque fundamentadas em parâmetros insuficientes para aferir a sua existência.

Portanto, para aplicação mais precisa do princípio da necessidade penal deve ser conferida uma maior concretude aos parâmetros que a orientam. O primeiro passo, nesse mister, é a compreensão de que a necessidade de tutela penal não reclama idêntica justificação no Direito Penal nuclear e no Direito Penal secundário, devendo ser analisada de acordo com a natureza do bem jurídico protegido. Quanto maior sua valoração ético-social menor será a exigência de justificação da necessidade penal. No Direito Penal econômico em sentido estrito, em razão de a livre concorrência não possuir a mesma ressonância ético-social dos bens jurídicos tutelados no Direito Penal nuclear (v.g. vida), a necessidade de tutela penal deve ser demonstrada com robustez.

O critério normalmente apontado pela doutrina como caracterizador da ausência de necessidade penal neste setor específico é a eficiência da instância administrativa e a conseqüente ineficiência da penal. Tal parâmetro, além de não demonstrado empiricamente, não se constitui suficiente para deslegitimar a necessidade de intervenção, notadamente em razão da imprescindível adoção de um fundamento axiológico e não funcional para a proibição penal. Isso não está a significar que a eficiência não possa, aliada a outros parâmetros, contribuir para o exame da carência de tutela penal.

Dessa forma, a compreensão correta do princípio da subsidiariedade não deve ser no sentido de empregar o Direito Penal como instrumento subsidiário - no sentido de posterior - ao Direito Administrativo. Encontra-se, mais propriamente, segundo posicionamento de Schünemann, uma relação de complementariedade entre as esferas administrativa e penal, especialmente por que tais ordens jurídicas se refratam em um nível normativo diferenciado, com conseqüências próprias.

Para conferir à necessidade penal maiores conseqüências práticas, é preciso, ainda, delinear com maior precisão o concreto conteúdo dos parâmetros que a orienta. Nesta investigação indicou-se a insuficiência dos critérios normalmente apontados pela doutrina para tanto, mas isso não quer significar a sua incapacidade de orientar a criminalização e a descriminalização de condutas. Ao contrário. Isso quer demonstrar que a necessidade penal deve ser analisada a partir de um olhar multidimensional, fundamento, entre outros, nos seguintes parâmetros: natureza do bem jurídico protegido, caminhos que conduzem à lesão desse bem e idoneidade e eficiência dos recursos para a sua proteção.

No âmbito da livre concorrência, diferentemente do sustentado por parte da doutrina, conclui-se no sentido da legitimidade da sua intervenção jurídico-penal, diante da dignidade do bem jurídico protegido e da insuficiência dos critérios que procuram apontar para sua desnecessidade. É imprescindível, todavia, que seja reduzido o espectro da intervenção jurídico-penal atualmente existente, de modo que o Direito Penal se ocupe apenas dos ataques considerados intoleráveis ao bem jurídico, ficando as demais condutas ofensivas a cargo do Direito Administrativo. Isso, com objetivo de tornar o Direito Penal antitruste consentâneo com a fórmula da *ultima ratio*.