

TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA NO DIREITO BRASILEIRO - COMPARAÇÃO ENTRE AS LEIS 8.137/90 e 8.884/94

***In Direito Penal Econômico: análise contemporânea.* Theodomiro Dias Neto e outros (coord.). São Paulo, Saraiva, 2009 (Série *GVlaw*), p. 145-188.**

1. Panorama. 2. Administrativização do direito penal. 3. A intervenção penal na ordem econômica. 3.1 Comparação entre as Leis 8.137/90 e 8.884/94. Sobreposição de esferas de controle. *Bis in idem*? 4. A hipótese de descriminalização (*abolitio criminis*). 5. Questões preocupantes: acordo de leniência, prisão preventiva para garantia da ordem econômica e conflito entre decisões da justiça penal e do CADE. 6. Uma nova disciplina jurídico-penal. 7. Possíveis soluções para racionalizar a tutela penal da ordem econômica. 7.1 Adequação do aparato de controle aos princípios penais “tradicionais”.

1. Panorama

O crescimento visível e irrefletido do chamado direito penal econômico trouxe consigo uma série de implicações teóricas e práticas que refletem um problema de “definição de papéis”, que, aqui, pode ser sublinhado em dois níveis: na política criminal (demarcação das fronteiras da penalidade) e na intervenção do poder público no mercado (maior ou menor controle público dos riscos econômicos).

Quanto à utilização crescente do direito penal, a questão remete à antiga discussão sobre necessidade e eficiência da sanção penal. No caso deste estudo, como meio para garantir a manutenção da ordem econômica. Assim, de início, importa saber se a ordem econômica comporta bens jurídicos carentes de tutela penal e, concomitantemente, se o sistema penal oferece a resposta mais adequada à violação desses bens.

A Constituição Federal vigente dedica um título (VII) exclusivo à ordem econômica e financeira, destacando-a da ordem social, ao

contrário de cartas anteriores (constituições de 1934 até 1967, salvo a de 1937) que referiam-se à "ordem econômica e social". O texto atual, portanto, confere forte carga ideológica à expressão, indicativa da ocorrência de importantes transformações no campo das relações econômicas, dentre as quais, para Eros Grau, está a atribuição do caráter social ao capitalismo¹.

O conceito de ordem econômica é polissêmico e confunde-se com o de ordem jurídica. Em primeira análise, a expressão *ordem econômica* traduz a realidade da vida econômica, segundo Max Weber "esfera dos acontecimento reais"², seria um "termo de conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta"³. Nesse sentido, *ordem econômica* é um conceito encontrado no mundo do **ser**. Porém, os preceitos de ordem econômica contidos na Constituição não revelam isso, já que, ao traçar diretrizes, incluem-se no mundo do **dever ser**. Aqui nos deparamos com outro sentido de *ordem econômica*, qual seja, "expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos" ou, simplesmente "ordem jurídica da economia"⁴.

Simplificando os conceitos, considera-se "ordem econômica o conjunto de princípios e instituições harmoniosamente dispostos no sentido da satisfação das necessidades individuais e coletivas"⁵.

Das noções brevemente expostas, pode-se concluir que o conceito de *ordem econômica* é composto por princípios e diretrizes e, como a economia não possui meios (coercitivos) para implementar estas, ocorre que

¹ Eros Roberto Grau. *Contribuição para a interpretação crítica da ordem econômica na Constituição de 1998*. São Paulo, ed. USP, 1990, p. 68.

² *Apud* Eros Grau, op.cit., p. 63.

³ Eros Grau, op.cit., p. 71.

⁴ *Idem*, p. 69.

⁵ Washington Peluso Albino de Souza. *Direito Econômico*. São Paulo, Ltr, 1994, p. 183.

a Ordem Econômica, portanto, não impõe os seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la. Indica-os, e a sua efetivação depende de sua adoção, mas não oferece a 'força impositiva' que só a norma jurídica possui⁶

Ou seja, a ordem jurídica fornece as normas de conduta que determinam quando e como os fatos econômicos são postos em prática na sociedade organizada, garantindo-lhes harmonia. Desse modo, parece mais adequada a formulação de Eros Grau⁷, de ser a ordem econômica **parcela da ordem jurídica**. Logo, atos praticados contra a ordem econômica, são ofensivos à ordem jurídica.

Como parcela da ordem jurídica, a ordem econômica fundamenta-se em determinados valores e visa determinados fins - prescritos na Constituição -, sendo a intervenção estatal justificável para proteger esses valores e (tentar) alcançar aqueles fins. Logo, a ordem jurídica, disciplinando a ordem econômica, assume condição ideológica, quando consignada no texto constitucional⁸. E, para constatarmos qual a necessidade da intervenção penal na economia (âmbito de incidência do Direito Penal Econômico), é vital identificarmos esses elementos característicos de nossa ordem econômica.

Está assentado na doutrina que a Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, enunciando uma série de diretrizes e fins visando a implementação de uma ordem econômica definida. A Leitura do artigo 170 deixa esta afirmação evidente:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humana e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁶ Idem, *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo, Ltr, 1994, p. 141.

⁷ Op. cit., p. 72.

I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades sociais e regionais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as Leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Despontam, assim, os valores em que se funda a ordem econômica: livre iniciativa, controle do abuso econômico (redução das desigualdades), valorização do trabalho e da economia popular; conjunto axiológico que, na essência, visa assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social⁹.

Embora a fixação do marco constitucional seja imprescindível, considero-o insuficiente em face das profundas alterações contextuais ocorridas nas últimas duas ou três décadas. Para compreender a configuração do controle da ordem econômica na atualidade é indispensável relacionar três fatores que, enfim, compõem o panorama que pretendo desenhar: (i) a sociedade pós-industrial ou de risco; (ii) a globalização econômica e (iii) a expansão do direito penal.

Neste espaço não há como aprofundar a análise sobre quaisquer desses fatores, por isso, limito-me a indicar os desdobramentos de cada um para nosso tema.

A sociedade contemporânea, qualificada como “de risco” ou “pós-industrial”, desenvolve-se a partir da *crise do modelo do Estado do bem-estar* e caracteriza-se pela abrupta *aceleração das condições de vida*. Quanto à perda

⁸ Washington Peluso Albino de Souza. *Primeiras linhas...*, p. 145.

⁹ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 720.

de capacidade Estatal para promover o bem-estar, importa anotar que o direito penal moderno incorporou essa função (ou discurso), tornando-se o veículo (simbólico) mais importante de recuperação dessa função estatal.

Outro traço da sociedade de risco, é a *sensação geral de insegurança*. A insegurança propaga-se nas diversas esferas do convívio social e decorre, precipuamente, da volatilidade das relações sociais e econômicas e do fato que boa parte das ameaças ao cidadão provêm de decisões que outros adotam no manejo de tecnologias. Isso, impõe a todos uma percepção de impotência, pois, isoladamente, cada qual pode fazer muito pouco ou nada para assegurar seus interesses legítimos. Os “grandes riscos” não derivam mais de atividades marginais ou clandestinas, mas de atividades estruturais (Silva-Sánchez¹⁰), e, ainda, são administrados por pessoas ou grupos que detêm o manejo de certas tecnologias, cada vez mais complexas e de difícil acesso (por exemplo, a Internet).

Acrescente-se ao panorama a discussão crescente sobre *bens coletivos e interesses difusos* no âmbito penal¹¹: pela primeira vez a reflexão jurídico-penal tem como objeto de estudo delitos diversos do paradigma clássico (crimes interpessoais, materializados por meio de condutas individualizadas, etc.). Isto realça a crescente dependência do ser humano a realidades externas e também pode ser considerado como resultado desse quadro superficialmente exposto. Ou seja, o problema não está mais nas decisões humanas que geram os riscos, mas naquelas que os distribuem, remetendo o debate àquela questão inicial: controle público maior ou menor?

Já a globalização econômica trouxe a eliminação de restrições às transações e ampliação dos chamados “livres mercados”, afetando

¹⁰ “Hacia el derecho penal del ‘Estado de la prevención’. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal”. *?Libertad económica o fraude punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 307-333.

¹¹ Nesse sentido, ver Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal supra-individual*. São Paulo, RT, 2003.

decisivamente a inquirição acima formulada. Sem formular qualquer juízo de valor, a redução da intervenção estatal em diversas áreas é efeito central da globalização, componente essencial da defesa dos livres dos mercados.

Nesse ponto, destaca-se o paradoxo da globalização, importante para a compreensão de nosso problema: a diminuição do poder de intervenção estatal em diversas áreas – e a perda da capacidade regulativa do direito em geral – vem compensada pelo reforço do poder punitivo. Como último reduto de monopólio do Estado, este expande-se para cobrir lacunas de direito público e suprir a impotência dos agentes políticos que, ceifados de outros meios de atuação no cenário global, recorrem ao discurso de penalização/criminalização para legitimar suas posições perante a população (eleitores). Esta, por sua vez, acuada pela insegurança, ratifica o discurso político-penal.

Os dois fatores resumidos acima formam a moldura em que se desenvolve o último daqueles relacionados ao início, a *expansão do direito penal*. Também sem tecer qualquer crítica ao fenômeno, bem dissecado por Jesus-Maria Silva-Sánchez¹², para o presente estudo basta o registro dessa enorme transferência de atribuições para o direito penal. Com o alargamento notável das fronteiras da penalidade, esse ramo do direito transformou-se numa incrível fonte de expectativas (Hassemer¹³), pavimentando o terreno para a proliferação de leis simbólicas, dentre as quais muitas daquelas lançadas para controlar a atividade econômico-empresarial.

O direito penal, mercê de sua forte carga emocional, tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à

¹² *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

população. Paralelamente, novas formas de criminalidade, distantes da violência tradicional, deslocaram a tutela penal da proteção de bens jurídicos individuais e concretos para os bens universais e coletivos. A tendência do direito penal em controlar a fidelidade do cidadão ao ordenamento e dissuadi-lo de comportamentos desviantes, faz com que as conseqüências da lei penal deixem de ter importância (como a diminuição da criminalidade), bastando a própria existência da lei como sua justificativa.

Essa expansão conferiu ao nosso sistema de justiça penal algumas características “inovadoras”: (i) na dogmática, a tradição jurídica alemã perdeu espaço para preceitos da *common law*; (ii) dispositivos de *justiça negociada* começam a ser adotados como mecanismo de vigilância sobre certas situações selecionadas, substituindo ou sobrepondo-se ao aparato de regulação extra-penal e deixando em segundo plano a função de proteção de valores ou reprovação social; e (iii) a administrativização do direito penal, que merecerá atenção pouco maior no tópico seguinte.

As conseqüências de todas essas mudanças são, por óbvio, variadas. Para localizar nosso tema nesse emaranhado de conceitos, finalizo o esboço do panorama apontando a *fragmentação do sistema penal* como conseqüência concreta mais relevante. Recorrendo ao diagnóstico de Luigi Ferrajoli¹⁴, surgem três sub-sistemas, com regras de funcionamento e escopos diversos (ver quadro, item 1):

¹³ Por qué y con qué fin se aplican las penas? Trad. Maria del Mar Díaz Pita. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 03. Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 317-331.

¹⁴ As definições foram extraídas de conferência proferida pelo autor no Brasil em 2003 e esquematizadas no quadro elaborado neste artigo.

FGV/EDESP "Crimes Contra a Ordem Económica"

1. Fragmentação do sistema penal (Ferrajoli):

```

graph TD
    SP[SISTEMA PENAL] --- DPDI[DP DOS GRANDES INQUÉRITOS]
    SP --- DPB[DP BUROCRÁTICO]
    SP --- DPR[DP REPRESSOR]
  
```

2. Renúncia à teoria do delito como teoria geral (Silva Sánchez)
 3. Ciência supranacional e harmonização legislativa
 4. Quebra de garantias individuais

Prof. Leonardo Sica

O sub-sistema em que se localiza a tutela penal da ordem econômica é o chamado “Direito Penal dos Grandes Inquéritos”, que se distingue dos demais por funcionar sobre regras peculiares (2, 3 e 4)¹⁵. Trata-se de sub-sistema em que a intervenção penal é notadamente simbólica e acessória à tutela administrativa, por isso a expressão “grandes inquéritos”: aqui, a persecução criminal não destina-se a terminar em sentença condenatória ou absolutória, instrumentaliza-se para legitimar a manutenção de um aparato de vigilância e policiamento mais forte (quebras de sigilos, busca e apreensões e, principalmente, a obtenção de resultados rápidos apoiados na intimidação penal, como ocorre com a delação premiada e o acordo de leniência). Basta lembrar que, no histórico de combate aos cartéis, o instrumento inicial mais utilizado para a quebra dos grupos

¹⁵ O sub-sistema burocrático inclui todos os delitos e processos que, em geral, resultam em soluções pouco relevantes ou até inócuas, como prescrição, multas simbólicas, suspensão da pena ou do processo, penas nunca executadas, transação penal, enfim, casos que são absorvidos pela máquina judiciária de forma protocolar (ex: estelionato, crimes contra a honra, crimes de trânsito, fraudes fiscais de menor repercussão, lesões corporais, etc.). E o sub-sistema repressor é aquele em que, de fato, a pena de prisão é aplicada em larga escala e com severidade; opera voltado para a criminalidade “de subsistência”, “crimes de rua” ou sobre situações selecionadas (ex: homicídio, roubo, crimes sexuais e drogas).

foi a busca e apreensão. Hoje, tal combate evoluiu para a criação de estímulos à deserção do cartel, preferencialmente articulados com a ameaça de pena ou de processo penal.

2. Administrativização do direito penal

Resumindo o diagnóstico de Alessandro Baratta¹⁶, a *administrativização*¹⁷ indica que cada vez mais as normas penais tornam-se acessórias às normas e às atividades do Estado e de suas instituições, sendo que essa acessoriedade faz com que os tipos penais se pareçam com normas de intervenção da administração pública e transformam-se em instrumento de gerenciamento de situações particulares, de riscos excepcionais, ou, melhor dizendo, em instrumento de resposta contingente a interesses específicos, como a tentativa de coibir o abuso de poder econômico.

Essa técnica legislativa casuística resulta no uso recorrente de “normas penais em branco”; na criminalização de condutas distantes da ofensa ao bem jurídico (crimes de mera conduta, crimes de perigo) e, enfim, num evidente caos normativo, notável pelo número de “novos crimes” que, na

¹⁶ “Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico”. Trad. Ana Lúcia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 11-12.

¹⁷ “(...) Tal termo nos indica dois fatos que, apesar de complementares, são distintos: em primeiro lugar está o fato de que a maior parte das normas penais produzidas pelo legislador em número cada vez maior (...) sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo sub-rogatório. Como destaca Lascoumes, isto significa que a disciplina penal intervém, eventualmente, numa fase mais avançada da interação entre administração e sujeitos privados: quando seu comportamento já não parece regulável através de mecanismos de controle próprio da ação administrativa. Neste caso de acessoriedade administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal (...) Em segundo lugar, o termo “Administrativização” indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção da administração pública, distanciando-se assim dos requisitos ‘clássicos’ da Lei (abstração e generalidade). Desta forma, as normas penais se transformam em um instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais: em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de ‘emergências’ concretas (...)” (Alessandro Baratta, *Funções instrumentais...*, cit., p. 11-12).

verdade, apenas repetem outras figuras criminais já consagradas na legislação vigente ou criminalizam o descumprimento de norma extra-penal

A administrativização do direito penal, ou volta ao direito administrativo¹⁸, é conseqüência da orientação pan-penal que marca o panorama acima desenhado: a pena é utilizada para reforçar valores do direito privado ou administrativo. O direito penal passa a se instrumentalizar não em função da proteção do bem jurídico, e sim para reforçar, com a intimidação penal, uma disciplina preventiva já estruturada pelo direito privado ou pelo administrativo¹⁹. A legislação casuística ou de reenvio amplia indiscriminadamente a área de criminalização para a tutela de interesses difusos e para condutas distantes da ofensa ao bem jurídico, o qual perde, assim, sua função limitadora.

Sintoma clássico desse “novo” direito penal, conforme Sergio Moccia, é o *indulgenzialismo*: exasperam-se os institutos premiais (tais como o acordo de leniência) sem observar sua compatibilidade com o sistema vigente e sem enfrentar os reais problemas de persecução e julgamento. A implementação de institutos premiais incoerentes e inefetivos gera efeito colateral previsível: a “fuga” de sua aplicabilidade, por meio de leis ou práticas que recrudescem as penas ou evitam o debate processual penal, fomentando uma “justiça por amostragem”²⁰ que, além de propagar ineficiência, favorece a desintegração social e o descrédito nas instituições de controle e regulação.

Um sintoma visível dessa constatação: o primeiro acordo de leniência realizado no Brasil para debelar cartel ocorreu em 2003 e, de lá para cá, não há notícias de maior utilização do mecanismo. Isso, pode indicar que a prática de cartel é rara no cenário econômico brasileiro ou pode confirmar que

¹⁸ Sergio Moccia. *La perenne emergenza*. Napoli, Scientifiche Italiane, 1997, p. 46-47.

¹⁹ Sergio Moccia. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales”. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona, J.M. Bosch, 1997, p. 123.

institutos premiais importados sem prévia discussão interna, sem qualquer preocupação teleológica, acabam sendo aplicados por amostragem, de maneira seletiva e, por isso, tendencialmente perigosa às franquias democráticas.

3. A intervenção penal na ordem econômica

Basicamente, há três leis penais especiais nessa área: 1.521/51 (crimes contra a economia popular), 8.078/90 (código de defesa do consumidor) e 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo). Além da Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), que tutela a ordem financeira, constitucionalmente situada junto a ordem econômica.

Paralelamente, a Lei 8.884/94, de natureza extrapenal, que transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Mesmo prescrevendo tutela administrativa da ordem econômica, essa lei não escapou da tendência penalizante do legislador: seu artigo 86 alterou o artigo 312 do Código de Processo Penal, para incluir a "garantia da ordem econômica" como motivo autorizador da prisão preventiva, permitindo a utilização de medida cautelar excepcional com fundamento diretamente ligado ao mérito da causa, pois, a conduta ameaçadora da ordem econômica está inscrita em vários tipos penais.

Para descrever a relação entre as leis penais citadas, não ocorre outra palavra, senão confusão. Quanto às mais recentes - 8.137/90 e 8.078/90 - ambas versam sobre a mesma matéria, tipificando, ora condutas semelhantes, ora diversas. Porém, em atenção aos princípios gerais de direito, é

²⁰ Sergio Moccia. *La perenne...*, cit., p. 43.

razoável afirmar que a Lei 8.137/90 revogou o código de defesa do consumidor em sua parte criminal e da Lei 1.521/51 remanescem alguns dispositivos em vigor, pois não houve lei posterior a modificá-los.

A regulação da ordem econômica, especificamente construída a partir dos ditames da atual Constituição Federal, foi desenhada na década de noventa, com a edição de duas leis (8.137/90 e 8.884/94), que têm como denominador comum a “prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”. Ambas sancionam, em suma, o abuso de poder econômico ofensivo (de forma potencial ou real) à livre iniciativa e à economia popular.

A ênfase da legislação é a repressão dos cartéis e práticas congêneres - tais como monopólios, *dumping*, venda casada, etc. - comportamentos concertados, orquestrados e lesivos à livre iniciativa e/ou aos interesses dos consumidores. Tais comportamentos assumem caráter problemático - e relevância penal - a partir do momento que afetam o bem-estar de economia ou dos consumidores.

Nesse sentido, o processo de concentração de capitais, também derivado da globalização, favoreceu o surgimento de maiores demandas de controle na área de cartel. E, como visto no panorama do primeiro tópico, “maiores demandas de controle” significa “maiores demandas criminais”. Porém, também é verdade que desde o *Sherman Act*, de 1890, consolidou-se que a melhor maneira de regular essa sensível área seria por meio de um misto de esferas administrativa e penal.

Para nossa realidade, numa perspectiva criminológica, os cartéis estão situados nas “grandes manchas de neocriminalização” (Figueiredo Dias e Costa Andrade²¹) e, curiosamente, também nas chamadas “faixas de invulnerabilidade”. São “ilegalismos privilegiados” (Fernando Acosta) :práticas

contrárias ao ordenamento jurídico e disseminadas no meio sócio-econômico, mas que, devido a fatores que não há espaço para discorrer aqui, são toleradas e pouco controladas.

O CADE, criado pela Lei 4.137/62, foi transformado em autarquia federal pela Lei 8.884/94, funcionando junto à Secretaria de Direito Econômico, que lhe dá suporte administrativo e pessoal. É um órgão colegiado. Dentre suas atribuições destacam-se: verificar se há real motivo para instauração de processo administrativo destinado a apurar e reprimir os abusos de poder econômico, decidir sobre a existência do abuso e ordenar as providências necessárias à sua cessação, requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, cominar multa aos infratores, propor a intervenção e desapropriação de empresas, do seu acervo, ações ou quotas, determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais²².

Suas decisões têm caráter administrativo e o CADE pode atuar preventivamente sem afetar garantias jurídicas importantes, como ocorre cada vez que o processo penal é chamado a intervir cautelarmente.

Observando alguns julgados do CADE, percebe-se que as decisões costumam ser proferidas num lapso temporal mais curto, comparativamente ao processo penal, sendo que a produção de provas pelas partes é livre e respeita-se a ampla defesa²³. Ainda, as decisões apóiam-se em elementos de direito comparado, quando pertinente à causa em julgamento²⁴, algo importante na volátil esfera das relações econômicas.

²¹ *Criminologia*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 437

²² Rui Stoco. "Abuso de poder econômico e sua repressão". *Revista Brasileira de ciência criminais*, nº 11, 1995, p. 217.

²³ Ver *Revista do Instituto Brasileiro de estudos das relações de concorrência e de consumo*. Caderno de jurisprudência, vol. 2, nº 2, São Paulo, IBRAC, 1995, p. 36 e 68.

²⁴ *Idem*, p. 32-33.

Por outro lado, é difícil imaginar que a justiça penal atue (bem) perante situações de "dumping" , "underselling" , etc., pautando-se pela mesma racionalidade que utiliza para enfrenta uma fraude simples ou estelionato. Lembre-se que a Lei 8.137/90, no artigo 4º, II, tipifica processos de cartelização, embora a Lei 8.884/94 também o faça no seu artigo 21, I, II e III. Repetindo-se essa dubiedade em outros dispositivos, o que enseja, sempre, a possibilidade de dupla intervenção no caso concreto.

Termos como "fixação de preços", "padrão de comportamento de mercado", "posição dominante", são constantes nos julgados do CADE²⁵. Submeter situações como estas ao crivo da justiça penal reforça a sensação de mal funcionamento do sistema de justiça, pois esta submissão só justifica-se por uma razão: a transformação das normas penais em meras "normas de reforço" a regulamentos administrativos. Contudo, sempre que a justiça penal é acionada, gera uma legítima expectativa social de imposição de pena.

Ademais, os mecanismos penais não possuem agilidade para lidar com os ilícitos dessa natureza, as garantias processuais penais, indeclináveis, geram ineficácia do controle público nessa área, pois a perpetração do ilícito econômico por algum tempo gera danos irreparáveis. Vale o lembrete de penalistas alemães:

cuando un empresario ejerce su actividad en un modo que daña a la comunidad, la medida de cierre de la empresa o estabecimiento puede resultar un médio más eficaz que la imposición de una pena²⁶.

A constatação da culpabilidade nos delitos econômicos é uma tarefa árdua, posto que, em regra, sujeitos passivo e ativo não são visíveis, as

²⁵ Idem, p. 1,19,50.

²⁶ Clau Roxin, Gunther Arzt, Kalus Tiedemann. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona, Ariel, 1989, p. 23.

condutas não são individualizadas, há envolvimento de pessoa jurídica. Sem recorrer à responsabilidade penal objetiva e/ou da pessoa jurídica (mesmo que disfarçada), pode-se afirmar que a condenação criminal baseada na legislação em tela, é algo difícil de ocorrer sem a flexibilização (violação) das regras e garantias processuais penais vigentes.

Nesse ponto, a Lei 8.884/94 se mostra mais apta, já que seu artigo 20 dispensa a prova de dolo, bastando a verificação da ocorrência das condutas infracionais à ordem econômica.

Porém, o legislador insiste na utilização de mecanismos penais, mesmo à custa de sérias distorções processuais e penais. Assim, multiplicam-se os tipos de perigo abstrato, aumentam-se penas sem critério e privilegia-se o processo investigatório²⁷ desmotivado ou motivado em funções latentes (no caso, incremento do aparato de vigilância), acarretando o aumento de insegurança jurídica.

O efeito simbólico do lançamento da pena, a médio e longo prazo, tem efeito reverso: desmoraliza o sistema punitivo, pois "as funções simbólicas visadas pela lei penal tornam-se cada vez mais independentes da natureza real dos conflitos e dos problemas em função dos quais são produzidos os símbolos"²⁸.

3.1 Comparação entre as Leis 8.137/90 e 8.884/94. Sobreposição de esferas de controle. *Bis in idem?*

²⁷ Winfried Hassemer. "Perspectivas de uma moderna política criminal". *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 8, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 41-51.

²⁸ Alessandro Baratta, *op.cit.*, p. 23.

A despeito das considerações formuladas até aqui, o modelo que avança é de controle híbrido, ou seja, administrativo-penal, não só nesta área específica, mas também em outras como meio ambiente, ordem tributária, etc. Logo, mais do que mera inadvertência do legislador, a edição sobreposta das leis 8.137/90 e 8.884/94 representa a consolidação de um novo paradigma jurídico, menos estático e hermético, mas também menos previsível e seguro. Por um lado, mais adaptável às demandas de uma sociedade mais complexa, que abriga e fomenta novos e maiores riscos. Por outro, tendencialmente inócuo e problemático.

Ambas as leis têm objetividade jurídica e objeto idênticos ou, se tanto, muito similares. Contudo, operam sobre racionalidades distintas, conforme se depreende da comparação de alguns elementos.

Os crimes previstos no art. 4º da respectiva lei exigem um resultado específico - *“dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência”* -, já as infrações administrativas prescindem desse resultado - art. 20, *caput*, *“possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”*. Ainda, na Lei 8.884/94 os atos são puníveis *“independentemente de culpa”*, o que, sabidamente, é inviável na esfera penal. Assim, a exigência de um resultado danoso à ordem econômica e da comprovação da intencionalidade do agente (dolo), poderiam ser fixados como grandes marcos distintivos entre as leis. Contudo, na prática, tais fatores acabam sendo mitigados, senão neutralizados, pelo estabelecimento de uma nova disciplina jurídico-penal (ver tópico 6), em que elemento subjetivo e perigo concreto são pouco relevantes.

Pode-se argumentar, ainda, que a lei penal exige o **abuso de poder econômico** (art. 4º, I) para configuração dos crimes tipificado, enquanto

a Lei 8.884/94 não exige expressamente a configuração do abuso e que, assim, este seria um elemento destacado a distinguir as esferas de controle. Tal argumento é mais retórico: o abuso de poder econômico, até por força da matriz constitucional, é inerente as condutas sancionadas em ambas as leis, está implícito nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94, os quais, lembrem-se, não estão sujeitos ao mesmo grau de interpretação taxativa e restritiva imposto à lei penal.

Logo, inexistindo diferenças ontológicas marcantes entre as leis, importa analisar as **condutas** consideradas lesivas à ordem econômica, as **formas de controle público** e as respectivas **conseqüências jurídicas**, a partir do marco constitucional já definido.

O quadro abaixo demonstra com clareza a identidade apontada. Por exemplo, as condutas de cartel e *dumping* estão repetidas nas duas Leis, além de outras figuras, como a elevação excessiva de preços ou cessação de atividades sem justa causa, também igualmente tipificadas (aliás, como não poderia deixar de ser: um fato bruto não se modifica em razão da tela institucional através do qual é observado).

Lei 8.137/90	Lei 8.884/94
<p>art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:</p> <p>art. 5º Constitui crime da mesma natureza:</p> <p>(4º) I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:</p> <p>f) impedimento à constituição,</p>	<p>Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:</p> <p>Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;</p>

<p>funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.</p>	<p>IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;</p> <p>V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;</p> <p>VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;</p>
<p>(4º) II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:</p> <p>a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;</p> <p><i>“cartel”</i></p>	<p>(21) I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;</p> <p><i>“cartel”</i></p>
<p>(4º) VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;</p> <p><i>“dumping”</i></p>	<p>(21) XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;</p> <p><i>“dumping”</i></p>
<p>(4º) I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:</p> <p>e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;</p>	<p>(21) XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;</p>
<p>(4º) VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. [Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994]</p>	<p>(21) XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço, c.c.</p> <p>(20) IV - exercer de forma abusiva posição dominante.</p>

As pequenas diferenças de redação são insuficientes para justificar entendimento pela diferença das condutas sancionadas. Somente um excessivo capricho gramatical sustentaria conclusão diversa. Não há como escapar da evidente identidade entre os preceitos de cada lei. Até porque, repita-se, isso não decorre de lapso legislativo: a formação de cartel ou o *dumping* são fatos brutos com contornos próprios que independem desta ou daquela leitura jurídica; a reprodução de condutas iguais nas duas leis é fruto de uma opção bem definida de política criminal e de intervenção estatal no mercado.

Portanto, a análise do quadro acima remete às seguintes indagações:

- a) O que diferencia o crime do ilícito administrativo?
- b) Qual ou quais os critérios para delimitar ambas as esferas de controle da ordem econômica?
- c) É importante saber isso?

A importância de procurar pelas respostas extrai-se do problema empírico criado pela existência das Leis 8.137/90 e 8.884/94: a convivência de dois sistemas distintos, com níveis de garantias diferentes, mas orientados ao controle de situações ontologicamente idênticas. A rigor, a submissão de um caso concreto de eventual infração à ordem econômica ao CADE e à justiça penal pode resultar em *violação à proibição da dupla punição* (entendida como alcance material do princípio processual do *ne bis in idem*²⁹).

A questão do *bis in idem*, por mais que os tribunais ignorem o seu caráter problemático, tende a repetir-se com frequência ante à

²⁹ *Direito Penal Brasileiro – I. E.* Raúl Zaffaroni e Nilo Batista. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 234.

administrativização do direito penal, impondo aos operadores uma atitude diferenciada para lidar com os casos incluídos na órbita do “direito penal econômico”.

Enfrentando o problema no âmbito um processo de crime ambiental (que, talvez, seja a área onde a interface penal-administrativo é mais visível e inevitável), a Suprema Corte da Espanha concluiu que para identificar o *bis in idem* material, deve-se perguntar o seguinte:

Existe identidade de sujeitos, objeto ou fato e fundamentos entre a sanção administrativa e o delito?³⁰

Nesse sentido, ainda com o Tribunal espanhol, só seria admissível um duplo sancionamento quando: (i) o fundamento de ambas sanções não seja coincidente; (ii) o interesse público protegido em ambas esferas sejam diferentes e (iii) a sanção seja proporcional a essa proteção diferenciada.

A construção jurisprudencial acima pode fornecer critérios funcionais para delimitar a esfera de atuação da justiça penal diante de um caso concreto. Contudo, discorrer sobre o “fundamento da sanção” ou sobre a natureza do “interesse público protegido” não deixa de ser extremamente controverso, mantendo nosso problema inicial em aberto (“definição de papéis”).

No Brasil, Miguel Reale Jr.³¹ defende que a fronteira entre as esferas seria demarcada por uma opção política em face da “maior eficácia

³⁰ Fonte: **STC de 177/1999, de 11 de outubro**. *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material e processal*.

³¹ “Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime a infração administrativa”. *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 28. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 116-129.

social” desta ou daquela lei. Nessa linha, pode-se concluir que a distinção estaria na conseqüência jurídica e no alcance de imputação.

Caminhando por esse raciocínio e partindo do pressuposto que a eficácia social de uma lei revela-se pelas conseqüências cominadas à violação dos respectivos preceitos, vejamos outro quadro, com as sanções previstas em ambas as leis:

Lei 8.137/90	Lei 8.884/94 (arts. 23 e 24)
Reclusão/detenção de até 5 anos ou multa	Multa com base no faturamento da empresa, tanto para a empresa, quanto para o administrador. Publicação do extrato da decisão condenatória Proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação Recomendação para que não seja concedido parcelamento de tributos, incentivos fiscais ou subsídios públicos Cisão da sociedade, transferência de controle societário, cessação parcial de atividades, etc...

A Lei 8.884/94 oferece possibilidades mais amplas de sancionamento e, ainda, mais adequadas à natureza das infrações em pauta. Sabidamente, nessa área, a pena privativa de liberdade não alcança os efeitos desejados (por exemplo, dissolução do cartel, interrupção da prática de abuso do poder econômico), principalmente porque só pode ser imposta após o trânsito em

julgado de eventual decisão condenatória, o que, por si só, pode tornar a intervenção estatal inócua e intempestiva. As sanções administrativas, por sua vez, podem ser aplicadas de imediato sem afetar direitos e garantias fundamentais de maneira irreparável.

Porém, julgar a eficiência (abstrata) das leis apenas por esse critério descarta qualquer consideração sobre a importância simbólica da lei penal e sobre possíveis efeitos dissuasórios da ameaça de pena, pois, sem digredir a abordagem para a teoria da pena, a despeito da ampla descrença acerca do seu efeito preventivo, persiste a opinião que, nos delitos econômicos, onde a racionalidade custo-benefício é mais palpável na gênese delitiva, ainda é possível falar em termos de prevenção geral³².

4.1 A hipótese de descriminalização (*abolitio criminis*).

Outra hipótese instigante para resolver a sobreposição dos dois diplomas remete às regras gerais do direito penal, especialmente àquela inscrita no art. 2º, *caput* do Código Penal:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que **lei posterior deixa de considerar crime**, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

³² Conforme diagnóstico de Túlio Kahn, o efeito intimidatório da pena supõe que o agente seja um *homo economicus*, bem informado sobre os riscos de sua ação, perfil que se adapta ao tipo de criminalidade aqui enfocada (Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 30. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 201).

Trata-se da consagrada regra da *abolitio criminis*, corolário do princípio da legalidade, sobre a qual não é necessário discorrer.

A Lei 8.137 de 1990 criminalizou algumas condutas, tais como a formação de cartel, assim descrita: “*formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços*” (art. 4º, II) e, em 1994, a Lei 8.884 transformou a mesma conduta em infração administrativa (art. 21, I, “*fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços*”).

A leitura do quadro inserido no tópico anterior revela outras situações iguais: condutas criminalizadas em 1990 e transformadas em infrações administrativas em 1994. Por mais que se enxergue pequenas diferenças na descrição dos fatos tipificados numa e noutra lei, a realidade é que os fatos tratados são os mesmos.

Ilustrando, a conduta de homicídio está criminalizada no art. 121 do Código Penal, que a tipificou como “*matar alguém*”, que é apenas a moldura descritiva na qual o legislador enquadrou um fenômeno que, é claro, existe independentemente da norma penal. “*Matar alguém*” ou “*matar outra pessoa*”; “*causar óbito a alguém*” ou ainda “*agredir alguém causando-lhe a morte*” são forma diferentes de descrever o mesmo fenômeno. Da mesma maneira, cartel, *dumping* e outras condutas contidas nas leis 8.137/90 e 8.884/94 são fenômenos únicos no mundo dos fatos.

Em 1990, o legislador elevou tais fenômenos à condição de crime, mas, em 1994 a **Lei 8.884 deixou de considerar crime** as condutas repetidas da lei anterior. Assim, é absolutamente razoável concluir que ocorreu *abolitio criminis* em relação àquelas condutas reproduzidas em ambas.

Ainda, embora nem fosse preciso, o princípio da intervenção mínima (caráter subsidiário do direito penal) reforça e legitima a conclusão pela descriminalização, uma vez que a convivência de uma lei penal com outra extra-penal e posterior, direcionadas para o mesmo contexto problemático e sancionando as mesmas condutas, indica a necessidade de exclusão da intervenção penal.

Analisando a relação entre reparação e fins da pena, Claus Roxin afirma que o princípio de subsidiariedade se prolonga desde a sanção do preceito penal até o caso individual, pois, “a necessidade de ameaça penal abstrata não sustenta imposição de pena alguma em cada caso particular”³³, por essa linha, seria possível conceber uma “descriminalização judicial” dos crimes apontados. Nessa proposta, a idéia de subsidiariedade é compreendida como interação funcional e complementar entre o direito penal e os demais ramos do direito, o que parece essencial no campo dos delitos econômicos. Aqui, então, a subsidiariedade deixa de ser entendida com separação radical entre o penal e os demais direitos, ampliando, consideravelmente, as possibilidades de lidar com a complexidade de problemas como o controle da ordem econômica.

Isso possibilita que a efetivação do princípio da intervenção mínima não sirva somente como providência deflativa (necessária); mais do que isso, torna-se passo vital para a reorganização da matéria penal e também pode representar a via de acesso para a reconstrução do processo de regulação social, permitindo a integração dos campos “administrativo” e “penal”, como forma de reservar a este espaço verdadeiramente subsidiário, residual e extremo, a ser verificado sempre em face do caso concreto e de exigências reais de coerção e, eventualmente, segregação.

³³ La reparación en el sistema de los fines de la pena”. Trad. Julio B.J. Maier e Elena Carranza. *Dos delitos y de las víctimas*. Julio B.J. Maier (compilador). Bueno Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 152.

Por essas breves razões, entendo como legítima e legalmente amparada a afirmação de que em relação àquelas condutas repetidas ocorreu *abolitio criminis*.

5. Questões preocupantes: acordo de leniência, prisão preventiva para garantia da ordem econômica e conflito entre decisões da justiça penal e do CADE.

Partindo para uma abordagem mais pragmática, apoiada na observação da casuística, ainda pouco expressiva, há três questões que me parecem preocupantes: (i) a permissão de prisão preventiva para garantia da ordem econômica, (ii) o acordo de leniência e (iii) a possibilidade de conflito entre decisões da justiça penal e do CADE.

A prisão preventiva, por ser decretada sem culpa formada, é medida extrema e excepcional, só pode ser utilizada quando estritamente necessária para resguardar ordem pública, ordem econômica, instrução criminal ou para assegurar futura aplicação da Lei penal (art. 312 do CPP).

Destacando a hipótese que nos interessa, na ausência de risco efetivo e concreto à ordem econômica, é ilegal qualquer prisão justificada nesse requisito. Logo, considerando a excepcionalidade e a brutalidade da medida, há que se precisar, em termos taxativos, qual o conceito de ordem econômica aplicável ao art. 312 do CPP.

Considerando que a garantia da ordem econômica foi inserida no artigo 31, do CPP, pela Lei 8.884/94, cujos arts. 20 e 21 cuidou de elencar as condutas capazes de atingir a ordem econômica, repetidas ou

assemelhadas aos tipos penais inscritos na Lei 8.137/90, o conceito deve ser extraído precipuamente da objetividade jurídica de ambas as leis. Contudo, na prática dos tribunais, o que se vê é a garantia da ordem econômica ser largamente utilizada como base retórica para prisões cautelares sempre que o caso concreto envolva quantidade expressiva de dinheiro. Assim, desvio de verbas públicas, sonegação de impostos, corrupção e outras situações são, indistintamente, relacionadas à necessidade de proteção da ordem econômica, mercê do raciocínio equivocado que o risco à ordem econômica deriva da capacidade financeira do imputado ou do vulto dos valores financeiros envolvidos na persecução criminal.

Aqui, considerando a constitucionalização do processo penal e o marco constitucional das mencionadas leis, evidencia-se que as hipóteses de efetivo risco à ordem econômica derivam tão somente de crimes específicos previstos nas Leis 8.137/90, 1.521/51 e 7.492/86 (pois o Título VII da Constituição estabelece o tratamento conjunto de ordem econômica e financeira). Fora dessas hipóteses, não há como cogitar de prisão preventiva por garantia da ordem econômica, mesmo que o caso concreto envolva uma grave lesão ao patrimônio público ou particular. Portanto, a prisão preventiva, fundada nesse requisito, de cidadão que não seja formalmente acusado de crime tipificado nas Leis 8.137/90, 1.521/52 ou 7.492/86, é manifestamente ilegal, pois, a tutela da ordem econômica está normativamente circunscrita ao âmbito de incidência destas.

Nesse sentido é o entendimento de Mirabete:

O art. 312 do CPP – no que diz respeito à garantia da ordem econômica – só pode ser aplicado na prática de crime que possa causar perturbação à ordem econômica, citando-se, especificamente, os definidos na Lei n° 8.137, de 27-12-90, entre os quais o de ‘elevantar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado’ (art. 4°, VII, com redação dada pelo art. 85 da Lei 8.884), na Lei 7.492, de 16-6-

1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências, e na Lei 1.521, de 26-12-1952, que prevê crimes contra a economia popular³⁴.

Ainda, considerando que a lesão ou ameaça à ordem econômica é elemento ínsito de muitos daqueles tipos penais, há que se aplicar redobrado comedimento na utilização de prisão cautelar para garantia da ordem econômica, pois, nessas hipóteses, sempre haverá antecipação do mérito da causa, por mais lacônico que seja o magistrado.

Quanto ao acordo de leniência, trata-se de instituto especialmente tormentoso para os penalistas. Foi introduzido na Lei 8.884/94 em 2000, nos seguintes termos:

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. (Artigo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo. (Parágrafo único incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Antes de sublinhar as razões de porque o instituto é criticado na doutrina penal, importante frisar que há outro lado.

No campo da economia e do direito econômico, o acordo de leniência é considerado bastante útil e legítimo para quebrar a confiança interna

³⁴ *Código de processo penal interpretado*. 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 694.

dos membros de cartel e estimulá-los à deserção, o que, por definição, bastaria para dissolvê-lo. Para Gesner Oliveira:

o acordo de leniência ataca o ponto fraco do cartel: a propensão natural de seus participantes de romper o acordo. O participante do cartel é como o escorpião: trair faz parte de sua natureza. Pois furar o cartel constitui oportunidade de ouro para não elevar o preço (ou elevá-lo menos do que os concorrentes) e abocanhar boa parte da clientela. O acordo de leniência oferece mais uma boa razão para trair. E trair rápido, pois a Lei só prevê isenção para quem buscar a autoridade em primeiro lugar. Por sua vez, a colaboração de pessoas de dentro facilita a obtenção de provas detalhadas, aumentando as chances de condenação³⁵

Ainda, vale uma brevíssima menção ao pensamento criminológico, onde também há fortes opiniões, como a de Vincenzo Ruggiero, no sentido de que alguns crimes - “de poderosos” ou “de corporações” – jamais são capturados pelo sistema de controle legal, a não ser sob uma única condição: alguém de dentro do grupo rompe com os demais, por sentir-se desfavorecido ou ameaçado. Lembro que a cena política brasileira tem nos oferecido repetidas imagens que confirmam essa conclusão.

O acordo de leniência é mais uma dentre as várias formas de delação premiada que invadiram o ordenamento brasileiro na última década (Leis 9.613/98, 9.034/95 e 9.807/99). Como tal, desperta conhecidas preocupações éticas, as quais não serão tratadas neste artigo, até porque demandariam espaço que não há.

A leitura dos artigos 35-B e 35-C da Lei 8.884/94 deixa a nítida impressão de que os efeitos do acordo de leniência alcançariam somente a esfera administrativa, ou seja, incidiriam na ação do CADE e nas eventuais sanções

³⁵ *A cenoura e o porrete contra os cartéis*. Folha de S. Paulo, Seção Opinião, 15.11.2003.

impostas pelo órgão. Porém, surpreendentemente, o art. 35-C transformou o cumprimento do acordo em causa extintiva de punibilidade. Disso resultam alguns problemas.

Conforme o texto da Lei, o acordo é celebrado perante a Secretaria de Direito Econômico (SDE), que tem ampla discricionariedade para avaliar o preenchimento dos complexos requisitos para celebração, assim:

Art. 35-B. A União, **por intermédio da SDE**, poderá celebrar acordo de leniência, **com a extinção da ação punitiva da administração pública** ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Porém, o acordo celebrado e cumprido perante a SDE, pela letra da lei, impediria a ação das agências judiciais incumbidas de acionar a justiça penal, como a Polícia Judiciária e, mais especialmente, o Ministério Público. Nesse ponto, entendo que é necessário um reparo: o acordo de leniência, para resultar em efetiva extinção da punibilidade, precisa ser homologado judicialmente e sua celebração, por segurança jurídica, deve ser acompanhada por representante do Ministério Público. Do contrário, como vincular a atuação do Ministério Público ou do Judiciário ao acordo de leniência?

Pela estrutura do direito e processo penal brasileiro, não há nada que obrigue a justiça penal a reconhecer como causa extintiva de punibilidade um acordo celebrado entre autor de crime e o Poder Executivo (a rigor, isso afetaria até a separação tripartida dos poderes). Por outro lado, o cidadão que se submete ao acordo de leniência tem o preceito legal lhe garantindo a extinção, o que, no mínimo, gera a expectativa legítima de usufruir do benefício.

É totalmente razoável – e legal – a hipótese de, mesmo cumprido o acordo, o Ministério Público entender pela propositura da ação penal. Para remediar essa situação de insegurança, parece que a solução seria a participação do *Parquet* na elaboração do acordo (o que, por outro lado, também é problemático, pois a confissão de um crime perante o órgão acusador pode ser mais difícil). E, mesmo assim, a certeza quanto à extinção da punibilidade também poderia ser afetada por dúvidas de competência. Explico: há enorme controvérsia jurisprudencial quanto à competência (estadual ou federal) para processar e julgar crimes contra a ordem econômica (ver HC 32.292/RS, do **STJ**) e, como os Ministérios Públicos Federal e Estadual são independentes entre si, restaria a possibilidade de um acordo ratificado por membro do órgão federal não ser seguido por um promotor estadual que entendesse pela necessidade de ação penal.

Quanto ao termo “ação punitiva da administração pública”, a despeito da dubiedade, da análise teleológica da lei fica claro que se refere à ação sancionatória-administrativa do CADE, não havendo, portanto, quaisquer implicações desses dispositivos no âmbito penal. Nesse sentido, as reduções de “penalidade” previstas também referem-se exclusivamente às sanções administrativas.

De qualquer forma, não há registro de discussão judicial acerca da controvérsia acima deduzida, o que pode indicar que o dispositivo foi neutralizado pelo sistema. A confusão de institutos e termos legais parece confirmar que a importação de dispositivos legais, quando não precedida de maior reflexão e debate, pode resultar em rejeição.

Numa perspectiva mais ampla e de política criminal, ratifica-se que a existência de certas normas penais cuja aplicabilidade pouco se verifica em termos de processo sentenciados, como os arts. 4º e 5º da Lei 8.137/90, tem função latente: permitir a implementação de mecanismos complementares de vigilância.

Ora, mesmo sendo preterida em termos de direito material pela Lei 8.884/94, a Lei 8.137/90 existe para manter, por meio da criminalização daquelas condutas, um aparato mais forte, mais impactante de controle. Basta pensar que, talvez, a motivação maior para alguém fazer um acordo de leniência seja, justamente, a ameaça de pena e de processo penal.

Por fim, quanto à possibilidade de conflito entre decisões do CADE e da justiça penal, o fato mais importante para ser tomado como premissa é, exatamente, a identidade entre as condutas tipificadas nas leis. Essa peculiaridade impõe a adoção de solução hermenêutica diferenciada, ao reverso do que pode ocorrer em outras áreas onde a interface penal-administrativo também é forte (meio ambiente, ordem tributária, etc.). Aqui, ambas as esferas sempre

poderão processar e julgar os mesmos fatos (jurídicos), contudo, em tempo e racionalidade diversas.

Considerando o direito penal econômico como estrutura macro em que se inclui essa discussão, uma solução viável pode ser construída por meio de analogia com o atual entendimento jurisprudencial dominante na questão dos crimes tributários, que estão tipificados na mesma Lei 8.137/90.

Lembrando: desde a edição da Lei 9.430/96, intensificaram-se as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o esgotamento da via administrativa nos crimes tributários, sendo indiscutível que sempre representou tormento o fato de se permitir a instauração de processo penal enquanto o contribuinte ainda discutia na via administrativa o *reconhecimento* do tributo.

A controvérsia foi superada com entendimento consolidado a partir do julgamento paradigmático do HC 81.611/SP, pelo Supremo Tribunal Federal: atualmente, é pacífico que o exaurimento prévio da esfera administrativa é indispensável para legitimar o acionamento da justiça penal³⁶.

O raciocínio desenvolvido para consolidar esse entendimento pode ser seguido para os casos de crime contra a ordem econômica. Evidentemente, não se trata de equiparar as situações, pois a exigibilidade do tributo é elemento típico daqueles crimes e, nisso, não há qualquer semelhança.

Mas, há nos crimes contra a ordem econômica elementos típicos como “*abuso de poder econômico*”, “*posição dominante de mercado*”, “*fixação artificial de preços*” que, à evidência, não podem ser definidos a partir de avaliação exclusiva do tribunal criminal. Faltam conhecimento, método e recursos técnicos

³⁶ “Enquanto não decidido definitivamente (pelo fisco) se o tributo é devido ou não, em jogo está a própria existência (materialidade) do crime. Nessas situações jamais se justifica a propositura imediata de ação penal.

para afirmar, com a mínima segurança, a ocorrência de alguma dessas elementares no âmbito do processo penal. Mesmo no direito econômico, por exemplo, é totalmente controversa a definição de dominação do mercado. Tais constatações, dependem de análises econométricas complexas e o CADE é o órgão competente para gerenciar essa tarefa.

Esse argumento já foi submetido por duas vezes ao Superior Tribunal de Justiça (HC 42.305/RS e RHC 17.418/RS), que, em votação não unânime, não o reconheceu nas duas oportunidades, sob os seguintes fundamentos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 4º, INCISO II, ALÍNEAS A, B E C, E INCISO VII, C/C ART. 12, INCISO I, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90. DECISÃO DO CADE. ART. 93 DO CPP.

Considerar que a decisão do CADE sobre abuso de poder econômico reflete situação paralela à do Conselho de Contribuintes em matéria tributária é equivocado. O Conselho de Contribuintes vai dar o **quantum debeatur** que configura a condição objetiva de punibilidade, segundo a Augusta Corte. Na hipótese do CADE, é mera apreciação administrativa sobre a existência de abuso de poder econômico. Não é condição objetiva de punibilidade e sim uma valoração acerca daquilo que coincide com o elemento do tipo. E sendo elemento do tipo, o procedimento administrativo no CADE não enseja a discussão em torno do art. 93 do CPP. Recurso desprovido.

No julgamento do HC 42.305/RS, o relator, Ministro José Arnaldo da Fonseca, foi vencido, reiterando sua discordância no julgamento seguinte, assim consignada:

Aliás, quando intentada, mister se faz trancá-la ou anulá-la, como acaba de reconhecer o STF, por decisão de sua Primeira Turma” (HC 82.390, rel. Sepúlveda Pertence).

Advirto que a questão do abuso do poder econômico, independentemente das conotações legais, cinge-se especificamente à evolução das relações da economia de mercado no qual o país está inserido, cujas transformações na última década permitiram a constatação de fenômenos específicos sujeitos a especializações longe do caminho eminentemente jurígeno.

Daí porque, nesta rápida introspecção, em meio à faculdade estendida ao Juiz pelo art. 93 do Estatuto Processual, ressaltando, também, os precedentes do administrativo-fiscal, não vejo motivo para negar a suspensão da ação penal, se a matéria é, sim, de difícil constatação.

A tese da prejudicialidade já foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, que ainda não se pronunciou definitivamente sobre a matéria, sendo este o atual estágio do julgamento:

Crime contra a Ordem Econômica: CADE e Prejudicial

A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende a suspensão de ação penal instaurada contra o paciente pela suposta prática de crime contra a ordem econômica (Lei 8.137/90, art. 4º, I, a e f, II, a, b e c, VII, c/c art. 12, na forma do art. 71 do CP), sob o argumento de que a pendência de processo administrativo em trâmite no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no qual se discute a existência do aludido delito, constitui questão prejudicial heterogênea (CPP, art. 93), a implicar a suspensão da ação penal e do curso do prazo prescricional. O Min. Joaquim Barbosa, relator, indeferiu o writ por considerar que inexistente, na hipótese, a condição objetiva de punibilidade para a constituição do tipo penal. Inicialmente asseverou que o referido processo administrativo encontra-se pendente de julgamento e que o caso seria diverso do precedente fixado pelo STF no HC 81611/DF (DJU de 15.3.2005) — no qual fixada a orientação no sentido de que, nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia condição objetiva de punibilidade. Entendeu que os dispositivos em que incurso o paciente apenas descreveriam os elementos do tipo, no qual se enquadra a descrição das

condutas constantes da denúncia. Por fim, afastou a aplicação do art. 93 do CPP, ao fundamento de que a suspensão do processo configura faculdade de competência do juízo cível, que não se coaduna com questão concernente a processo administrativo, como na espécie. Após, pediu vista dos autos o Min. Eros Grau.

HC 88521/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 5.12.2006. (HC-88521)

No entanto, não se trata de considerar a decisão do CADE como “condição objetiva de punibilidade”. Neste ponto, a abordagem jurisprudencial, até o momento, está equivocada. Por tudo o que foi debatido neste artigo, parece que o entendimento vencido no STJ é o mais correto: justifica-se a aplicação supletiva do art. 93 do CPP³⁷, pois é razoável vislumbrar a prejudicialidade diante de elementos típicos impossíveis de serem afirmados por meio do processo penal, isoladamente. A própria configuração de todo o sistema de controle da ordem econômica recomenda o reconhecimento dessa interdependência funcional, o que, de maneira alguma, significa que a justiça penal está adstrita à atuação das autoridades administrativas. Trata-se da solução mais adequada em termos de segurança jurídica e política criminal.

Não se pode olvidar, ainda, que inúmeras são as conseqüências danosas deriváveis do fato de a justiça penal pronunciar-se, por exemplo, acerca do abuso de poder econômico sem aguardar a manifestação das agências administrativas: (i) contrariedade entre as esferas administrativa e penal, com a primeira verificando que não ocorreu abuso de poder econômico e a segunda condenando alguém pelo abuso; (ii) repetição de provas: teriam que ser feitas em juízo e no processo administrativo, onerando, desnecessariamente o

³⁷ 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.

Estado e a administração da Justiça; (iii) nega-se a possibilidade de o agente celebrar acordo de leniência no curso da ação administrativa.

6. Uma nova disciplina jurídico-penal.

Pelo pouco que foi debatido até o momento, percebe-se que, aos poucos, consolida-se uma nova disciplina jurídico-penal, dentro daquele sub-sistema apontado no tópico inicial. Disciplina própria do que Silva-Sánchez qualifica como “Estado de prevenção”, onde o direito penal passa a ser o “controle do controle”³⁸.

Nessa nova configuração híbrida, penal-administrativo, o ordenamento tem como escopo separar as liberdades econômicas necessárias das fraudes puníveis, que se desenvolvem além dos limites de riscos permitidos pelo sistema. Assim, o risco permitido passa a ser definido pelo cumprimento de determinados deveres de observância de regulamentos e de colaboração com a administração pública. A criminalização, então, atua como reforço cognitivo das “liberdades perigosas”, por meio da cominação de sanções penais e administrativas, estabelecidas por um critério gerencial (*Risikomanagement*)³⁹, que também passa a presidir os procedimentos penais, mais do que a existência de indícios da prática de crime.

Esta prevenção comunicativa, portanto, busca fatos e condutas distantes do momento da lesão ao bem jurídico, o qual decai de sua função delimitador, assumindo função de representação. Surgem, então, duas novas figuras para a dogmática penal: o bem-prestação (no caso, correta gestão

³⁸ Op. cit.

³⁹ Idem, 311.

econômica ou o correto funcionamento do sistema econômico) e o tipo-obstáculo (tipificações tendentes a prevenir a aparição de situações de perigo remoto)⁴⁰, este com forte carga criminógena.

Conforme a análise de Moccia:

nos delitos contra a ordem econômica, tem se afirmado que expressam ‘uma ofensividade de tipo particular, que se mede não tanto em termos de conseqüências concretas, como de incompatibilidade com as tendências programáticas do sistema’ [...] Se castiga, portanto, a inobservância de normas organizativas e não a realização de fatos socialmente danosos ⁴¹.

Assim, confirmando a hipótese inicial apontada no quadro dos sub-sistemas, estabelece-se nova disciplina jurídico-penal de tutela de funções, marcada por algumas características ou deformações do direito penal “tradicional”:

- (i) desvalorização do elemento subjetivo (o dolo do agente nos delitos econômicos pouco é perquirido, pouco importa; normalmente é deduzido de estereótipos; p.ex.: “A” é diretor da empresa → a empresa sonegou impostos → “A” sabia ou deveria saber da prática, o que demonstra o dolo);
- (ii) problemas probatórios e de garantias: a dificuldade de provar crimes cometidos por meio de pessoas jurídicas resulta na quebra de regras e garantias, como se percebe com a tolerância excessiva dos tribunais

⁴⁰ Sergio Moccia. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona, J.M. Bosch, 1997.

⁴¹ Idem, p. 125.

com as denúncias “genéricas”, tidas como necessárias nos “crimes societários”;

- (iii) tipicidade flexível: injusto penal = ilícito de mera transgressão;
- (iv) bem jurídico coletivo ou social (objeto ficto de tutela);
- (v) delitos de acumulação (exemplo, art. 5º, IV, Lei 8.137/90): tipos penais que sancionam um perigo potencial e futuro.

7. Possíveis soluções para racionalizar a tutela penal da ordem econômica

Ante essa realidade, resta procurar por soluções viáveis para (i) resguardar o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal e (ii) identificar/reprimir as condutas lesivas - e penalmente relevantes - à ordem econômica, evitando a criação de “reservas de impunidade”.

Enfim, esta é a tensão que marca o debate acerca da questão criminal. De um lado, a compressão por maior eficiência, de outro, a resistência pelo respeito às garantias do cidadão. É a pressão natural do Estado de Polícia sobre o Estado de Direito. Entre ambos, há direitos e interesses dos mais variados, que precisam ser equilibrados com uma resposta racional e democrática (no sentido da formulação e respeito às “regras do jogo”, da lição de Bobbio).

A criação de uma terceira via, com garantias menores e sanções menos severas, tem sido muito debatida, na esteira da políticas de despenalização. É o que Hassemer chama de Direito de Intervenção ou, entre nós, Miguel Reale Jr. qualifica como Direito Administrativo-penal. Sem dúvida, parece a

solução mais inteligente para atender às atuais demandas de controle, sem distorcer a justiça penal. Porém, depende de um profundo debate de política criminal e também de reformas legislativa e estrutural consideráveis.

Tais reformas, necessariamente, passariam por Executivo e Legislativo e, lamentavelmente, no atual estágio da vida política nacional, não vislumbro condições seguras de desenvolver esse debate naquelas arenas.

7.1 Adequação do aparato de controle aos princípios penais “tradicionais”.

Sergio Moccia propõe a (re)interpretação dos princípios penais consoante a nova configuração do sistema⁴², partindo da seguinte premissa: a natural adaptação da intervenção penal às peculiaridades do fenômeno não pode jamais comportar uma adaptação dos princípios às exigências de controle, mas ao contrário.

O ponto de partida do penalista italiano é a tutela do patrimônio, conforme este assuma relevância na sociedade, como entidade estruturada segundo as exigências de seu titular e funcional para a consecução de certas finalidades, que podem a programação econômica, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, etc.

Assim, para acionar a tutela penal, conforme os parâmetros adotados para os delitos patrimoniais, deveria-se considerar os prejuízos causados de tal forma que causassem um obstáculo ao exercício dos

⁴² Sergio Moccia. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona, J.M. Bosch, 1997, p. 133-145.

princípios econômicos fixados na Constituição. Recuperando o significado do crime, como ofensa claramente identificável e verificável em sua relação com um bem de contornos definidos que seja realmente questionado pela conduta antijurídica.

Importante destacar que, nessa construção, o patrimônio não deve ser considerado no seu valor financeiro, mas o que deve ser observado é a disponibilidade deste bem para assegurar aos sujeitos uma margem de desenvolvimento social. Lembrando que o art. 170 de nossa Constituição Federal, matriz da tutela penal da ordem econômica, também estabelece a função social da propriedade (inciso III), que, aqui, poderia ser avaliada com entidade estruturada para a consecução de valores econômicos pessoais, encaminhados à finalidades supra-individuais. Num contexto específico, o que se extrai dessa proposta é que o relevante seria avaliar a potencialidade do titular do patrimônio envolvido na prática ofensiva dentro de um âmbito econômico definido (p. ex., o comércio de uma cidade, de uma região ou o mercado do país).

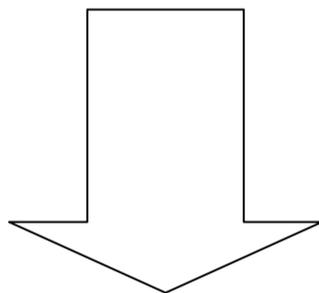
Tentando resumir, o critério esboçado por Moccia seria a recondutibilidade ao patrimônio dos atos de delinquência econômica, os quais, em sua maioria, são equiparáveis aos tipos de agressão unilateral, fraudes e infidelidade que, transcendendo a natureza patrimonial, afetariam a ordem econômica. Evidentemente, a proposta de Moccia demanda discussão mais profunda, inviável nos limites deste artigo. Vale, portanto, a introdução da idéia. Mas, mesmo sumariamente, percebe-se que se trata de construção bastante abstrata, cuja aplicação em casos concretos não vedaria o sistema da imprevisibilidade ora criticada, principalmente no que se refere ao *bis in idem*.

Então, seguindo a linha de investigação proposta, me parece que o conceito de **tipicidade conglobante**, elaborado por Zaffaroni, pode

completar a difícil tarefa de conferir racionalidade e funcionalidade à tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro.

Em suma, a tipicidade conglobante é “um corretivo da tipicidade legal” que visa “excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas”⁴³, sob o ponto de vista criminal, claro. A partir da análise global da ordem normativa, Zaffaroni atribui ao conceito a função de verificação do alcance proibitivo da norma penal e correção de eventuais excessos da tipicidade extraída exclusivamente da subsunção da norma penal à conduta. Os principais casos em que condutas legalmente típicas configuram-se com atípicas se valoradas globalmente, ou seja, em face de todo o conjunto de normas do ordenamento, ocorrem quando uma norma ordena o que outra parece proibir, quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma (penal) parece proibir o que outra norma (não penal) exclui do âmbito de proibição.⁴⁴ Recorrendo ao gráfico elaborado por Zaffaroni e Pierangeli, com pequenas alterações:

1º
Tipicidade legal (basta a adequação da conduta à formulação legal do tipo penal)



⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 459.

⁴⁴ Idem, p. 549-560.

2º
<u>Tipicidade conglobante</u> (antinormatividade, verificada em face de todas as normas do ordenamento jurídico e a exclusão das causas de justificação)
<p>Tipicidade legal + Tipicidade conglobada = Tipicidade penal (adequação penal e antinormatividade)</p>

O primeiro passo (1º) corresponde à individualização legal da conduta, àquela operação que os operadores costumam chamar de subsunção: trata-se da simples adequação da conduta aos elementos descritivos do tipo. Em seguida (2º), ocorre a efetiva comprovação da proibição, o que “se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as restantes normas da ordem normativa”⁴⁵. A idéia parece particularmente apropriada a contextos normativos em que coexistam diversas normas, de distintas naturezas, tais como ocorre com nosso tema. Assim, pode ocorrer que determinada conduta seja formalmente adequada à descrição do tipo penal de formação de cartel, mas, como o tipo penal faz parte de um universo ordenado de normas, se outra norma (direito administrativo, direito econômico) permite, consente ou até fomenta aquela conduta, estaríamos diante de um caso de atipicidade conglobante. E, nesta hipótese específica, há que se lembrar que as normas extra-penais devem ser interpretadas e aplicadas pelas esferas apropriadas, o que ressalta a necessidade de interação entre os campos de controle.

Zaffaroni e Pierangeli elencam alguns casos particulares de atipicidade conglobante⁴⁶ que entendo pertinentes para fechar a idéia de aplicação do conceito na esfera dos crimes contra a ordem econômica. O acordo,

⁴⁵ Idem, p. 459.

⁴⁶ Idem, p. 554-560.

segundo os autores, é uma “forma de aquiescência que configura causa de atipicidade”, quando feito pelo titular do bem jurídico e desde que admitido em lei. Embora reconheçam que o acordo apresenta graves problemas para a dogmática penal, admitem que em algumas situações existe a possibilidade de exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica para seu titular. Em nenhum momento, os autores referem-se a crimes econômicos e até ressaltam que “um bem jurídico de sujeito múltiplo, somente podem efetuarlos (*os acordos*) todos os titulares”. Porém, ressaltando a necessidade de maior amadurecimento da idéia, é possível tentar ligar esse raciocínio ao acordo de leniência, desde que superado o grande óbice acerca da titularidade do bem jurídico. Poderia ser a Secretaria de Direito Econômico? Ou, um acordo de leniência supervisionado por SDE, Ministério Público e CADE poderia ser considerado como bastante para atender às exigências de disponibilidade do bem jurídico ao ponto de legitimar o reconhecimento da atipicidade da conduta?

As lesões corporais na prática de esportes também fornecem bons elementos para nossa discussão. Por exemplo, são legalmente típicas as lesões dolosas no boxe, mas conglobalmente atípicas sempre que a conduta tenha ocorrido dentro dos regulamentos do esporte, ou seja, se o boxeador lesionar o outro sem luvas, abaixo da linha da cintura, com os cotovelos ou de qualquer forma que viole a ordem normativa específica da atividade, sua conduta será penalmente típica, do contrário, as lesões, por mais que sejam adequadas à descrição do art. 129 do CP, estarão fora do alcance proibitivo da norma penal. Traçando o paralelo, há uma complexa e dinâmica ordem normativa que regula a atividade econômica, a qual sempre deve ser observada **antes** de se estabelecer a relevância penal em determinado caso. Mais uma vez, reforça-se a necessidade de interação funcional entre as esferas de controle, pois o juiz criminal, isoladamente, jamais conseguirá abranger todas as normas de regulação da ordem econômica, necessitando, mesmo que de forma supletiva, recorrer a outras esferas. Por fim, os

autores referem-se às “atividades perigosas fomentadas”. Aqui, observa-se que há um espaço de riscos permitidos pela ordem normativa e até riscos fomentados. Estes últimos podem ser impostos “por uma demanda de desenvolvimento econômico que não pode ser negada” e, portanto, deve ser equacionada por meio de uma operação mais ampla, de ponderação entre riscos permitidos e proibidos o que, mais uma vez, nos aproxima do reconhecimento da incidência de questões prejudiciais à formulação do juízo de culpabilidade, a serem enfrentadas fora do campo penal.

Por fim, reconhecendo a pendência de muitas questões abertas, é possível concluir que o modelo de controle misto parece o mais apropriado para a ordem econômica. Contudo, disso decorrem problemas naturais de sobreposição de esferas, que podem ser solucionados com o reconhecimento que, mesmo preservando a independência da justiça penal, não há como processar e julgar crimes contra a ordem econômica com a segurança necessária sem verificar, *a priori*, a presença de elementos típicos (tais como a cartelização, dominação de mercado, elevação injustificada de preços) que só poderão ser afirmados por meio da atividade das agências administrativas apropriadas, impondo-se ao Poder Judiciário a aplicação do art. 93 do CPP.