

## BENS JURÍDICOS E DIREITOS: REPENSANDO A COMPETÊNCIA PENAL NAS INFRAÇÕES CONTRA A LIVRE-CONCORRÊNCIA

Legal interest and rights: rethinking criminal jurisdiction over acts in unfair competition  
Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 172/2020 | p. 59 - 96 | Out / 2020  
DTR\2020\12756

Denise Neves Abade

Doutora em Direito Constitucional e Processual – 2010. Mestre em Direito Processual – 2002. Procuradora Regional da República (membro do Ministério Público Federal). Professora-doutora na Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8867992867299068\_]. ORCID: 0000-0001-5855-2543  
Deniseabade@gmail.com Deniseabade@mpf.mp.br

Área do Direito: Financeiro e Econômico

Resumo: A utilização da via criminal é vista hoje pelos tribunais internacionais de proteção de direitos humanos como eficiente defesa de bens jurídicos cuja violação atinge direitos sociais, que são afetados com as condutas à ordem econômica, em especial contra a livre concorrência. Contudo, a eficiência da persecução penal em face das condutas de concorrência desleal é comprometida quando não são dirimidas questões sobre competência para conhecer e julgar os casos. Se por um lado o interesse da União é realçado para investigar e sancionar violações nas esferas administrativa e cível, a jurisprudência vem entendendo que tal interesse deve ser negado em relação às repercussões criminais. O artigo busca demonstrar o interesse da União para fixar a competência federal também na esfera criminal, como fruto da afirmação do bem jurídico “tutela do mercado” e também da proteção dos direitos difusos envolvidos, superando-se a divisão na persecução das infrações contra a leal concorrência na busca da efetividade na punição dessas condutas.

Palavras-chave: Crimes contra a concorrência – Crimes contra a Ordem Econômica – Competência – Tutela penal de bens jurídicos difusos – Tutela penal de Direitos Sociais e Econômicos

Abstract: The affirmation of the role of criminal law in promoting accountability for human rights violations and the struggle against impunity emerges from the jurisprudence of human rights bodies. This includes the protection of economic and social rights, which are affected by crimes against the economic order, especially antitrust violations. However, unsolved questions concerning concurrent jurisdiction between state and federal courts are serious barriers to the effectiveness of prosecution and investigation. If, on the one hand, the Federal Union’s interest is emphasized to investigate and sanction violations in the administrative and civil spheres, the jurisprudence has been understanding that such interest should be denied in relation to their criminal repercussions. The article seeks to point out the Federal Union’s interest in establishing federal jurisdiction also in the prosecutions of antitrust crimes, as a result of the affirmation of the “protection of the market” and also of the protection of the diffuse and collective rights involved, overcoming this division in the pursuit of violations against fair competition and business practices.

Keywords: Antitrust crimes – Crimes Against the Economic Order – Federal Jurisdiction – Criminal Protection of diffuse and collective rights

Autora convidada

Assista agora aos comentários da autora para este artigo

Sumário:

Introdução: Proposta do Artigo - 1.Importância da persecução penal de crimes contra a livre concorrência em um mundo globalizado - 2.A Tutela Penal da Concorrência e a Lei

nº 12.529/2011 - 3. Conceito de Bem Jurídico - 4. Ordem Econômica, Bem Jurídico Coletivo e Abordagem de Direitos Humanos que devem ser protegidos pela Tutela Penal - 5. Tutela Penal da Livre Concorrência e Ordem Econômica - 6. Competência nos Crimes contra a Concorrência e a Ordem Econômica no Ordenamento Brasileiro - 7. Dividir para reinar: a fórmula da ineficiência - Conclusão - Referências

## Introdução: Proposta do Artigo

O desenvolvimento do direito penal comparado e internacional no cenário globalizado que inclui a proteção de direitos humanos contribui para a transformação do direito penal interno, mostrando que para efetivo enfrentamento às infrações contra a ordem econômica é indispensável a utilização da via criminal. Cada vez mais é inegável que para proteção eficiente de bens jurídicos cuja violação atinge direitos sociais – afetados com condutas contra a ordem econômica, em especial contra a livre concorrência – busca-se que Estados tipifiquem criminalmente e punam tais infrações na esfera penal. A imposição internacional de tutelar a ordem econômica e livre concorrência como decorrência da função expansiva dos direitos fundamentais e direitos humanos é a base dessa necessidade de criminalização de atos violadores desses direitos. Exemplo disso é o posicionamento da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, a violação à livre concorrência (UNCTAD, na sigla em inglês) segundo a qual a livre concorrência assegura direitos difusos diversos, como direito à saúde, direito ao meio ambiente, direitos dos trabalhadores e das crianças, direito do consumidor.

No entanto, a eficiência da persecução penal em face das condutas de concorrência desleal está sendo comprometida por discussões sobre competência para conhecer o julgar os casos que só delongam os processos, quando não os deixa vulneráveis a anulações. Isso porque, se por um lado o interesse da União é realçado para investigar e sancionar as condutas nas esferas administrativa e cível, a jurisprudência vem entendendo que tal interesse deve ser negado em relação à mesma conduta e suas repercussões criminais. Ora, não se pode conceber existência de conceitos divergentes dentro de uma mesma estrutura jurídica no ordenamento do Estado Democrático de Direito que deve buscar atender padrões de coerência, completude e unidade.

Será demonstrado no presente artigo que o interesse da União não se dá somente como reflexo do interesse cível ou administrativo. Ocorre também de forma autônoma na área penal, como fruto da afirmação do bem jurídico “tutela do mercado” e também da proteção dos direitos difusos envolvidos.

Assim, a divisão na persecução das infrações contra a leal concorrência há que ser superada como passo importante na busca da efetividade na punição dessas condutas deletérias que ferem direitos sociais fundamentais.

### 1. Importância da persecução penal de crimes contra a livre concorrência em um mundo globalizado

Um dos efeitos da globalização consiste na gradual tentativa de aproximação das culturas diferentes para se inspirar, amparar e cooperar mutuamente com o fim de proporcionar respostas adequadas aos problemas colocados pela sociedade contemporânea.

Ao contrário dos estudiosos de disciplinas jurídicas que já há algum tempo estão habituados a lidar com fontes supranacionais, ainda hoje encontramos junto aos que lidam com o direito penal uma maior tendência a isolamento interno e autorreferencial, numa prudência por vezes demasiada, que ignora decisões de cortes internacionais e discussões doutrinárias que ocorrem em foros internacionais e estrangeiros, como se direitos humanos ou fundamentais<sup>1</sup>, base referencial do direito criminal, não fossem debatidos tanto na esfera internacional como no direito comparado. O diálogo entre as cortes internas e cortes internacionais, entre cortes estrangeiras e nacionais na área criminal é mais escasso que em outras áreas.

Longe de fragilizar a soberania dos Estados, aceitar e aplicar valores e princípios universais e reconhecer o papel das organizações internacionais reforçam o Estado de direito e a democracia, conceitos interligados<sup>2</sup>. O Estado democrático de direito se baseia em princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, igualdade perante a lei, a responsabilidade perante a lei, a separação de poderes.

Nesse contexto, a proliferação de ordens jurídicas internacionais no plano regional e global, para além das fronteiras territoriais dos quadros constitucionais nacionais, já deu forma a um novo vocabulário teórico-jurídico e político que reconhece a dinâmica evolutiva das ordens normativas para além do Estado. Giuliana Capaldo denomina o fenômeno como direito global, que seria um conjunto de regras e princípios que garantem uma aplicação uniforme do direito internacional nos sistemas jurídicos estaduais no processo de mudança para a construção de uma lei global; essa verticalidade do sistema global tem por fim resolver os problemas de coordenação entre os vários diferentes sistemas legais<sup>3</sup>. A mesma situação é designada por Canotilho como “constitucionalismo multinível”, no qual o Estado soberano deixa de ser referencial constitucional e se torna necessário revisitar as teorias clássicas e a construção de um novo paradigma para a Teoria da Constituição, que se coadune com a realidade vivenciada pela sociedade mundial.<sup>4</sup>

Assim, tanto o desenvolvimento do direito penal comparado e internacional como a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos contribuem para a transformação do direito penal interno.

É esse o desafio que encontramos quando tratamos da tutela penal da ordem econômica – mais especificamente, na tutela da livre concorrência nessa ordem econômica.

O conceito de punição penal como forma eficaz de reparação por violações de bem jurídico supraindividual constitui um desafio significativo para a compreensão tradicional do direito penal. Em primeiro lugar, implica em deixar de conceber o direito penal como mero instrumento de controle social<sup>5</sup>, concebido originalmente para proteger os interesses legais da convivência social pacífica<sup>6</sup>. Significa passar a enxergá-lo como um mecanismo concebido para a reparação dos direitos coletivos e proteção de direitos. Isso envolve o abandono da ideia do direito penal como mero *ius puniendi*, como um direito do Estado, para abraçar a visão do direito penal como uma obrigação do Estado em punir determinadas condutas, conforme decidido pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir do *leading case* *Genie Lacayo*<sup>7</sup>.

Percebe-se então que o direito penal, especialmente nos últimos trinta anos, ao mesmo tempo em que limitou seu espaço de ação, descriminalizando algumas condutas, em outros casos ampliou sua intervenção, repreendendo novas condutas hoje consideradas socialmente danosas, no que Jescheck chama de “processo dual”.<sup>8</sup>

Contudo, esse processo não significa uma contradição ao princípio de *ultima ratio* do Direito penal: o fenômeno de nova incriminação de condutas se origina como consequência da evolução social – fato que necessariamente deve se refletir no ordenamento jurídico.

No novo Direito penal a criminalização de condutas que ofendem bens jurídicos coletivos é uma exigência do Estado Democrático de Direito, que visa “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.<sup>9</sup>

Assim, a tutela penal da concorrência se insere na abordagem contemporânea do Estado Democrático de Direito que determina a criminalização dessas condutas que violam bens

jurídicos coletivos.

## 2.A Tutela Penal da Concorrência e a Lei nº 12.529/2011

Com razão a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) estabelece em Recomendação que cartéis configuram a mais prejudicial de todas as condutas anticompetitivas, e não oferecem benefício social ou econômico algum que os legitimem.<sup>10</sup>

Por isso, a Constituição Federal, em seu artigo 170, consagra a ordem econômica como bem jurídico a ser resguardado, já que por detrás dele está o alcance de uma “existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Tendo em vista o princípio de defesa da ordem econômica, prevê o § 4º do mesmo artigo que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. O texto constitucional, ainda, no art. 173, §§ 4º e 5º, estabelece verdadeiro mandado de criminalização, determinando que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” e a responsabilização das pessoas jurídicas e de seus dirigentes pelos ilícitos praticados contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular.

Dando cumprimento ao mandamento constitucional, foi editada a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (LGL\2011\4796) (Lei de Defesa da Concorrência), que revogou a Lei 8.884/94 (LGL\1994\48) e parte da Leis 8.137/90 no que diz respeito à criminalização da prática de cartel e a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (LGL\1993\78) (Lei de Licitações Públicas), quanto à criminalização da prática de cartel em licitações, consistente no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

Nos termos da Constituição de 1988, a União Federal tem específico e relevante interesse no bom funcionamento da ordem econômica. O art. 48, XIII expressamente estabelece que são matérias de competência da União, sobre as quais cabe ao Congresso Nacional dispor, as referentes à política “financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações”. A livre concorrência, conforme art. 170, IV, é um dos princípios pelos quais se deve guiar a ordem econômica do Estado brasileiro, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput). Com efeito, a ausência de defesa da concorrência prejudica fortemente componentes de política econômica, podendo, por exemplo, ocasionar inflação (se concorrentes entram em acordo e aumentam preços), frustrando eventual política de combate à inflação; esvaziar setores incentivados pelo governo da União (quando concorrentes entram em acordo para não fornecer insumos, por exemplo), entre outras condutas. Por esse motivo, ao ente federal compete exercer, na forma da lei, funções de fiscalização nessa área (art. 174). Em atendimento à norma constitucional (art. 174), o legislador ordinário na Lei 12.529/2012 conferiu, no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a competência para repressão a órgãos federais.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) atua na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica e era formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) era responsável pela advocacia da concorrência, cujo objetivo era promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, com as atribuições previstas nos incisos do artigo 19 da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796). Em janeiro de 2018 foi extinta pelo Decreto 9.266, de 15 de janeiro, com suas funções sendo subdivididas na Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel)

e na Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência -(Seprac) – as atribuições de advocacia da concorrência foram remanejadas para a Secretaria de

Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac). Curiosamente, a Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) permanece tratando da SEAE.<sup>11</sup>

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce as atribuições dadas pela Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), tendo como missão zelar pela livre concorrência no mercado. É a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

Ainda no âmbito do Poder Executivo, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) elabora estudos que analisam, do ponto de vista concorrencial, políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários de serviços, assumindo parte das atribuições da antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) .

Está clara, portanto, a atuação federal na tutela administrativa da concorrência. Também na área cível, a competência da justiça federal para processar e julgar matéria atinente à ordem econômica é incontroversa e expressa na lei<sup>12</sup>.

No entanto, a atuação na tutela criminal da concorrência ainda é fragmentada.

Se, por um lado, vimos que para um enfrentamento eficaz das violações à concorrência justa e livre na esfera criminal, os operadores do Estado brasileiro não podem atuar de maneira isolada, fechando-se ao debate e às decisões que estão ocorrendo na sociedade jurídica inegavelmente globalizada, por outro lado temos que superar ainda aspectos de uniformização e parametrização na persecução desses crimes no âmbito interno.

Embora também igualmente esteja presente o interesse da União, que é justamente o que embasa a competência descrita no art. 97 da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), a determinação de tal competência não é pacífica, o que causa incontáveis danos na solução dos litígios.

Embora as legislações criminal e cível tenham apresentando significativo avanço, considerando que a discussão sobre a competência para julgar os crimes contra a livre concorrência e ordem econômica permanece sem solução definitiva, sendo preliminar a qualquer outra, a efetividade para o enfrentamento desses crimes pode ser prejudicada.

A tutela penal das infrações contra a livre concorrência, assim como contra toda a ordem econômica, é essencial em um Estado que se pretende igualitário. Não se pode mais, portanto, admitir que se perpetue a insegurança atual para fixação da competência na tutela criminal dessas infrações, graças a dúvidas derivadas de orientações administrativas e jurisprudenciais incoerentes e desconexas. Caso contrário, permanecerão os conflitos de competência, as sentenças anuladas, os crimes prescritos, a impunidade e a angustiante sensação de impotência do aparelho criminal estatal contra os delitos econômicos...

### 3. Conceito de Bem Jurídico

A discussão sobre competência para conhecer e julgar as infrações penais contra a ordem econômica, por ser questão de competência objetiva, deve passar pela análise do bem jurídico protegido nessas infrações. Uso aqui as palavras de Fábio Canton Filho:

“O bem jurídico [...] não só assenta a pedra angular do Direito Penal, mas coroa o norte de seu telos punitivo, uma vez que constitui o elo entre as instituições penais do Estado e o ordenamento social no qual está inserido. Pensar o bem jurídico é, nesse sentido, buscar a área cinzenta em que direito e sociedade se imiscuem, ou seja, em que forjam de forma plurívoca sua relação mais fundamental”.<sup>13</sup>

Paradoxalmente, embora o bem jurídico constitua uma categoria fundamental do Direito

Penal – motivo único de punição de condutas proibidas – a legislação lhe concede um caráter quase residual: não protagoniza nenhuma norma no ordenamento e não é mencionado nem uma única vez no Código Penal – quer na parte geral, quer na especial – nem na Constituição. No últimos anos a doutrina pátria passou a se deter sobre o estudo do bem jurídico para além de sua ratio incriminadora dos tipos da parte especial do Código Penal.<sup>14</sup>

Por esse motivo a Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) pode ser considerada uma exceção à regra legislativa brasileira: logo em seu artigo primeiro há um parágrafo no qual se estabelece a delimitação do objeto da lei (prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico): “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Conforme afirma Hurtado Pozo, os bens jurídicos representam pressupostos indispensáveis para a vida em comum, e não existem somente porque o legislador os tenha catalogado abstratamente em uma norma jurídica, que pode estar sujeita a um evento ou situação conjectural.<sup>15</sup> São, nas clássicas palavras de Roxin, circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado sobre a base dessa concepção finalística ou para o funcionamento do próprio sistema.<sup>16</sup>

A existência de um interesse social não necessariamente acarreta a presença de um bem jurídico penalmente relevante. Para tanto, é necessário que estejam reunidos os requisitos de merecimento ou importância social e necessidade de proteção em sede penal, requisitos próprios de uma concepção de bem jurídico penal de índole político-criminal.<sup>17</sup>

Também a proteção de bens jurídicos não significa necessariamente a necessidade de tutela por meio do Direito penal. Nem todo bem juridicamente protegido é tutelado pelo Direito penal; por outro lado, é inconcebível a existência de um tipo penal que não tenha como fim proteger um bem jurídico determinado.

Diversas áreas antes reguladas essencialmente pelo direito administrativo ou civil, como os âmbitos econômico, ambiental e informático passaram a receber tutela penal no cenário contemporâneo. Evidente que o legislador ao determinar a proteção penal de determinado bem jurídico tem que levar em conta como parâmetro os ditames e valores constitucionais e dos tratados internacionais que o Estado brasileiro se comprometeu a cumprir.

Como aponta Regis Prado, não há dúvidas de que a “comunidade reconhece hoje como valores fundamentais determinados interesses que não são pertença de alguém, mas de todos. Interesses cuja importância está hoje vertida e consagrada no texto constitucional”. Essa noção implica, por sua vez, a eliminação do conjunto de defesas não excludentes e de circunstâncias atenuantes baseadas em considerações meramente políticas, que têm em conta a eficácia do próprio direito penal ou a prevalência de outros interesses públicos, independentemente da culpabilidade do autor do crime.

Gianpaolo Smanio, entre outras classificações, aponta a existência de categoria de bens jurídicos de natureza difusa, que

“trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, no que referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.”<sup>18</sup>

Partindo-se do conceito de que o Direito Penal fundamenta a existência de um conglomerado sistemático de normas primárias e secundárias<sup>19</sup>, este, ao estar em conexão com a realidade social, propicia que o bem jurídico assuma uma importância essencial na reconstrução do fato típico.

Assim, embora o bem jurídico não integre o tipo penal, nem tampouco a norma a este subjacente, constitui a base fundamental sobre a qual se constroem os tipos penais.

O legislador, no momento de criar as infrações penais, terá que estabelecer determinados critérios político-criminais que permitam justificar a incorporação daqueles bens jurídicos que necessitam de proteção, do ponto de vista do Direito penal. Da mesma forma, para o julgador, no momento de aplicação e interpretação teleológica da lei ("segundo o bem jurídico protegido")<sup>20</sup>, este tipo penal se converterá em uma ferramenta indispensável que pode permitir delimitar os limites da matéria proibitiva.

É exatamente por isso a importância da determinação do bem jurídico, cuja repercussão refletirá na determinação da competência. Como diz Maria Lúcia Karan,

"[O] que importa considerar para esta definição de competência da Justiça Federal é, em primeiro lugar, o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora dos fatos que constituem a causa petendi. Sendo a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas titulares do bem jurídico afetado pela conduta atribuída ao réu estará definida a competência da Justiça Federal."<sup>21</sup>

#### 4. Ordem Econômica, Bem Jurídico Coletivo e Abordagem de Direitos Humanos que devem ser protegidos pela Tutela Penal

A lei brasileira é muito clara ao determinar a ordem econômica como bem jurídico coletivo, conforme já assinalado.

Mas, não obstante a clareza da legislação brasileira, é certo que ainda se questiona, na doutrina, a conceituação de bens jurídicos coletivos penalmente protegidos. Com efeito, juristas como Hassemer têm restrições a tal definição, afirmando que os interesses coletivos constituem uma clara amostra do caráter expansionista do Direito Penal, o que vulnera a ideia de Direito penal como ultima ratio.<sup>22</sup>

Já Roxin sustenta que na evolução do Direito penal é inevitável o deslocamento da proteção dos comportamentos puníveis: gradualmente saindo do campo da proteção individual para a proteção da coletividade, já que

"(...) tales hechos delictivos el bien jurídico protegido sólo reconocerse a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño".<sup>23</sup>

Bustos Ramírez lembra ser necessário considerar uma ordenação dos crimes pelos bens jurídicos protegidos, não se baseando em uma atomização da sociedade, mas sim sob a ótica do todo que implica um sistema. Assim, há bens jurídicos que estão referidos nas bases de existência do sistema e bens jurídicos que estão em conexão com o funcionamento do sistema. Os primeiros são os que tradicionalmente chamamos de bens jurídicos individuais, como o caso da vida humana, saúde individual, liberdade etc. Os segundos são aqueles que incidem em relações macrosociais, dentro do funcionamento do sistema, e se apresentam em três níveis: bens jurídicos coletivos (presentes de forma constante no dia a dia de cada um dos sujeitos ou grupos em que se integra, como meio-ambiente, ordem econômica); bens jurídicos institucionais (fé pública, administração da justiça) e bens jurídicos de controle (segurança interna e externa do Estado).<sup>24</sup>

A partir dessa classificação, não resta dúvida que o bem jurídico-penal "ordem econômica" é um bem coletivo.

Dessa forma, resta evidente que o paradigma atual da dogmática penal presencia uma transformação do objeto de proteção, uma transição do bem jurídico individual para bens jurídicos supraindividuais ou coletivos. Há que se fazer também uma constatação: se é verdade que os bens jurídicos coletivos ampliaram a gama de proteção do Direito Penal, há que se afastar completamente a ideia de que tais bens devem ser encarados como secundários em relação aos bens jurídicos tradicionais como vida humana, saúde individual, patrimônio individual etc. Isto significaria reconhecer que a orientação política estatal está desenhada por um contexto meramente individualista, em função da proteção de interesses individuais, como se esta fosse o seu fim último e único existente.

Os bens jurídicos coletivos não configuram uma categoria acima ou além do indivíduo; sim estão em função de todos os membros da coletividade – assim, são complementares em relação aos bens jurídicos individuais. São também, por sua vez, autônomos, já que possuem um conteúdo material próprio.

Sem desmerecer os bens jurídicos individuais, não há como desconhecer que os bens jurídicos coletivos estão a serviço de todas as pessoas e, portanto, são realidades existentes no funcionamento do sistema social.

A doutrina, tanto nacional quanto a estrangeira, entende que nas relações econômicas existem dois bens jurídicos fundamentais, consequentes das normas constitucionais: o patrimônio individual e a ordem econômica (supraindividual). O patrimônio individual deve ser resguardado pela lei penal por meio dos crimes tradicionais. Já os crimes contra a ordem econômica merecem reprovação não pelos danos que causam aos indivíduos, mas à coletividade como um todo. O bem jurídico “ordem econômica”, portanto, possui caráter supraindividual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais.

Ademais, nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito que o Brasil abraçou na Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana, logo em seu artigo 1º, como um de seus fundamentos. Dessa forma, toda a ordem jurídica brasileira deve nela se estruturar: a interpretação de todos demais preceitos constitucionais e legais há que ser feita sob o comando das normas de direito fundamental que consagram a dignidade da pessoa humana.

A tutela penal da ordem econômica não pode escapar a esse mandamento. Não há como entender as normas constitucionais e legais referentes à defesa da ordem econômica e livre concorrência sem a premissa de que tal proteção é essencial para assegurar a dignidade da pessoa humana e os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º): (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E ainda: a tutela da ordem econômica e da livre concorrência nesse quadro deixa de ser um imperativo meramente nacional, como também internacional, baseado na análise de diplomas normativos internacionais, explicitando o fundamento dessa internacionalização e transnacionalização do combate a práticas desleais de concorrência – que é a implementação de direitos humanos.

Não por coincidência que já há alguns anos a ONU (Organização das Nações Unidas) vem produzindo diversos textos que tratam da relação entre o livre comércio e a proteção de direitos humanos.<sup>25</sup>

Na área do direito comercial, a OMC (Organização Mundial do Comércio) incorporou os compromissos em matérias relacionadas a direitos humanos estabelecendo determinações nesse sentido – como, por exemplo, as que limitam o livre comércio no caso de certos medicamentos ligados ao direito à saúde e as que dizem respeito ao

comércio de diamantes produzidos em zonas de guerra, protegendo de alguma forma a vida e a segurança das pessoas situadas nessas zonas. O desenvolvimento desses mecanismos resulta justamente do reconhecimento pela OMC da imposição de respeito a direitos humanos inclusive sobre a ordem econômica e sobre a concorrência.

Por isso a atual configuração do GATT ("General Agreement on Tariffs and Trade" – Acordo Geral de Tarifas e Comércio), e do GATS ("General Agreement on Trade in Services – Acordo Geral sobre Comércio de Serviços), tratados administrados pela OMC, determina que os Estados em seus compromissos comerciais internacionais levem conta direitos humanos: eles possuem uma cláusula de exceção geral que permite limitar o livre comércio para defender, entre outras coisas, a moral pública, a saúde humana e os recursos naturais. Uma vez que os Estados-membros da OMC estão vinculados aos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, seus membros podem ser responsabilizados quando violam esses direitos ao não incorporá-los na imposição de regras à livre concorrência e ordem econômica. Por isso a diretriz da instituição é que direitos humanos devem ser respeitados por meio de uma boa interpretação e aplicação das disposições da OMC.<sup>26</sup>

Com base nisso, o Sistema de Solução de Controvérsias (SSD) da OMC, organismo especializado na defesa final dos tratados de seu âmbito, tem gerado interpretações que estabelecem que as questões de direitos humanos imponham limites às regras do comércio internacional, inclusive – e especialmente – com relação à livre concorrência

Segundo, ainda, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, a violação à livre concorrência, viola também o direito ao desenvolvimento e direito ao mínimo existencial<sup>27</sup>, uma vez que a liberdade de competição leva ao barateamento de produtos e permite maior consumo e combate à pobreza. Além disso, a livre concorrência assegura direitos difusos diversos, como direito à saúde (por exemplo, na existência de produtos mais seguros produzidos pelo mercado), direito ao meio ambiente (produtos "verdes", que obedecem aos parâmetros de respeito à normas ambientais), direitos dos trabalhadores e das crianças (produtos que não utilizam trabalho escravo ou trabalho infantil na sua produção), direito do consumidor<sup>28</sup>.

Portanto, a imposição internacional de tutelar a ordem econômica e livre concorrência como decorrência da função expansiva e efeito irradiante dos direitos fundamentais e direitos humanos<sup>29</sup> alimenta e sustenta a necessidade de criminalização de atos deletérios contra tais direitos, especialmente perpetrados por grandes incorporações e cartéis.

O combate à livre concorrência pode assim ser medido tanto na sua faceta preventiva quanto repressiva. No tocante à prevenção, a cultura de respeito a direitos humanos divulga o direito difuso à ordem econômica que busca atender aos objetivos do Estado brasileiro, o que auxilia a transformação dos atos de concorrência desleal em conduta socialmente nociva, ao invés de ser considerada uma prática inevitável e socialmente suportada. No tocante à repressão aos atos que violam a livre concorrência, o vínculo com a proteção de direitos humanos auxilia a revelar o ganho social com o enfrentamento sério e eficaz da prática por meio da tutela penal, elevando a proteção jurídica do bem jurídico violado pelas corporações e cartéis, que devem ser garantidos pelos esforços do direito penal.

## 5. Tutela Penal da Livre Concorrência e Ordem Econômica

Conforme apontado, o ilícito contra a livre concorrência se caracteriza por não se dirigir apenas contra interesses individuais, mas sim – e principalmente – contra interesses supraindividuais da vida econômica.

Por esse motivo, o direito penal – com seu caráter preventivo e repressivo – não pode ficar alheio a esse combate. A atuação administrativa é sempre mais rápida do que a jurisdicional – porém, a sanção administrativa tem pequeno poder de intimidação geral

(até por não possuir caráter de publicidade como a pena)<sup>30</sup>.

Por isso, há vantagens da repressão criminal de tais condutas. Em primeiro lugar, pela multiplicação dos agentes repressores, que, espalhados por todo País, têm muito mais condições de detectar as infrações ocorridas em seus estados e cidades do que um órgão central localizado em Brasília. Além disso, os instrumentos de investigação disponíveis em casos criminais são bastante abrangentes. Além da possibilidade de determinação de busca e apreensão, também existente na esfera cível, a instrução criminal conta com outro aliado não disponível a qualquer outro agente (privado ou público) de investigação – por exemplo, a possibilidade, a partir de mandado judicial, de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, registros de conexão e registro de acessos a aplicações da internet. Além disso, a modernização da previsão dos meios de prova no processo penal com a implementação no Brasil dos compromissos assumidos ao firmar a Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), ou UNTOC permite perfeitamente na investigação de cartéis e crimes contra a livre concorrência a utilização de meios especiais de obtenção de prova e medidas de proteção a vítimas, testemunhas, peritos e réus colaboradores: colaboração premiada (art. 26), vigilância eletrônica e a infiltração policial (art. 20)<sup>31</sup>. Estabelece ainda medidas protetivas, que podem atender a testemunhas (art. 24) e colaboradores (art. 26.4). E ainda, congelamento ou bloqueio de bens, direitos e valores ligados às atividades ilícitas daqueles ligados aos crimes contra a livre concorrência, para fins de eventual confisco. É o que se vê nos arts. 12 e 13 da UNTOC, que cuidam, respectivamente, de normas sobre indisponibilidade, perdimento e cooperação para confisco de ativos, assim como sobre sua destinação (art. 14).

Por fim, a tutela penal da livre concorrência permite utilizar com mais eficiência e celeridade instrumentos de assistência jurídica internacional, como extradição, formação de equipes conjuntas de investigação, transferência de processos penais, transferência de pessoas condenadas e repatriação de ativos, essenciais em crimes que envolvem circulação de capital entre diferentes Estados e companhias pertencentes muitas vezes a conglomerados estrangeiros.

Assim, quando se fala em tutela penal da ordem econômica, sempre está subjacente a ideia de eficiência – o que seria inevitável com o avanço do Direito Penal sobre a economia e atividade empresária.

Após constatar empiricamente o déficit de sanção que há em matéria penal econômica, a dogmática jurídica contemporânea passou a questionar sobre as alternativas existentes para tornar o direito penal econômico mais efetivo e menos simbólico. Assim, Hassemer e Muñoz Conde falam do chamado “direito da intervenção”, que seria um ponto médio entre o Direito penal e o Direito administrativo sancionador: infrações de conteúdo econômico escapariam da órbita penal para ingressar no campo deste “direito de intervenção”. Tal ramo do direito seria menos pretensioso com relação às garantias materiais e processuais penais, mas, por outro lado, disporia de sanções menos rigorosas do que as clássicas, com clara orientação preventiva.<sup>32</sup> Contudo, considero que essa solução acarreta um (cruel) resultado perpetuador do sistema de desigualdade social. Não parece justo nem proporcional, sob a ótica constitucional do Direito penal, concentrar a efetiva persecução punitiva na criminalidade das ruas e deixar o crime econômico para esta novidade – ainda incerta – que é o “direito de intervenção”. Por isso, há que se combater posturas que pretendem erradicar do âmbito penal justamente as condutas que na atualidade constituem os casos mais pontuais de perigo e lesão para bens jurídicos.

A ineficiência no combate a crimes contra a ordem econômica em um país desigual como o Brasil é ainda mais potencializada porque muitas das questões penais ainda são objeto de discussão sobre competência, fato que acresce anos à persecução penal e fatalmente leva à prescrição do delito, para não mencionar a anulação de sentenças proferidas por órgãos absolutamente incompetentes.

## 6. Competência nos Crimes contra a Concorrência e a Ordem Econômica no Ordenamento Brasileiro

### 6.1. Competência Criminal da Justiça Federal

A jurisdição do Estado é una, mas há diferentes órgãos que a exercem e contribuem para a aplicação da lei ao caso concreto. Nem é necessário acrescentar que há evidente divisão de trabalho entre os órgãos judiciais, em razão do número de feitos, quer criminais ou não criminais, existentes.

Tal divisão de trabalho é traçada pelo instituto da competência, que vem a ser a divisão do poder jurisdicional para cada órgão, ou seja, é a medida da jurisdição.<sup>33</sup> No caso do objeto do presente artigo, é mister estudar o delineamento normativo da competência criminal federal.

Antes de tudo, pode-se dizer que a Justiça Federal acompanha as vicissitudes do federalismo e da democracia brasileira. Criada pela Constituição de 1891, para conhecer os feitos de interesse da União Federal, foi extinta pela Constituição do Estado Novo (1937) e recriada pela Constituição de 1946, que não estabeleceu uma Justiça Federal de 1º Grau, mas apenas previu três Tribunais Federais de Recursos, dos quais apenas um foi efetivamente implantado (no Distrito Federal). Foi graças ao Ato Institucional 02, de 27 de outubro de 1965, após o golpe militar de 1964, que foi reintroduzida a Justiça Federal de 1º Grau.<sup>34</sup>

Por sua vez, a Constituição de 1988 criou os Tribunais Regionais Federais (artigo 107, parágrafo único), extinguiu o TFR (Tribunal Federal de Recursos, criado pela Constituição de 1946<sup>35</sup> e manteve a Justiça Federal de 1ª instância, regida pelo artigo 109 do texto constitucional.

Em virtude desses dispositivos constitucionais, há consenso na doutrina e jurisprudência no reconhecendo que a competência da Justiça Federal é constitucional e não pode ser ampliada ou reduzida por diplomas normativos infraconstitucionais.

Conforme já afirmamos em obra anterior,

“[A] competência da jurisdição federal é expressa, ao passo que a competência da Justiça dos Estados-membros é residual. Isso significa que configurado um crime de competência federal, exclui-se de plano a aplicação da competência residual. A competência residual (da jurisdição estadual) é regra de aplicação subsidiária, condicionada ao afastamento prévio e anterior da competência expressa. Por esse motivo, conforme determina a Súmula 122 (MIX\2010\1375) do Superior Tribunal de Justiça, prevalece a competência da Justiça Federal na hipótese de reunião obrigatória de processos de competência federal e estadual, quando determinada em razão da conexão ou continência [...] Também é hipótese de competência absoluta, cuja inobservância acarreta em violação à garantia do juiz natural, a competência estabelecida constitucionalmente em razão da relevância de determinados cargos ou funções públicas”.<sup>36</sup>

No mesmo sentido, sustenta Alexandre de Moraes que “a competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na Constituição. Dessa forma, conclui-se que a competência da Justiça comum é subsidiária”.<sup>37</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “A competência aqui enumerada é taxativa. Não pode ser ampliada por lei”.<sup>38</sup>

A competência criminal da Justiça Federal se encontra descrita em cinco grandes hipóteses insculpidas nos incisos do artigo 109 da Constituição. O primeiro deles dispõe que compete à Justiça Federal julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

O segundo deles estabelece que é competente a Justiça Federal para julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Em uma terceira hipótese incumbe à Justiça Federal julgar os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira e, na quarta hipótese, são julgados pela Justiça Federal os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

Finalmente, compete à Justiça Federal julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro.

Uma rápida mirada sobre essas cinco hipóteses permite concentrar a atenção sobre dois dispositivos constitucionais: o artigo 109, IV, que assevera que são de competência da Justiça Federal as infrações praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, e o artigo 109, inciso VI, que prevê que serão da competência da Justiça Federal os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem econômico-financeira nos casos determinados por lei.

De fato, as demais hipóteses estão afastadas, por não se relacionarem com os crimes contra a ordem econômica ou especificamente contra a concorrência. Mas as duas hipóteses escolhidas, ao que tudo indica, têm clara pertinência com a matéria.

A começar com o artigo 109, IV, que trata de infração penal em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou entidade autárquica. Como veremos, não só a União se ocupa, por meio da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), em combater às infrações à concorrência, como há uma autarquia federal (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) especializado no julgamento de tais infrações, de modo exclusivo. Quanto à segunda hipótese, a Lei 8.137/90 (LGL\1990\43) foi omissa quanto à competência da Justiça Federal. Assim, passa-se a analisar essas duas hipóteses em face dos crimes contra a concorrência.

#### 6.2.A solução jurisprudencial tradicional: a ausência de lei definidora da competência federal para os crimes contra a concorrência

Boa parte da jurisprudência a esse respeito avalia que a lesão ao bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem econômica não configura crime federal, baseada no inciso VI do artigo 109 da Constituição Federal.

Basicamente, entende-se que, como não houve previsão legal, não há de se falar em competência da Justiça Federal, pois o artigo 109, VI, exigiria a indicação expressa da competência federal, o que ocorre com os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86 (LGL\1986\17)).

Assim, já se decidiu que

“Nos termos do art. 109, VI, da CF (LGL\1988\3), os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira são da competência da Justiça Federal apenas nos casos determinados em lei. Contudo, a Lei 8.137/1990 (LGL\1990\43), que trata dos crimes contra a ordem econômica, não contém dispositivo legal expresso que fixe a competência da Justiça Federal, motivo pelo qual, em regra, nesses casos, a competência será da Justiça estadual”.<sup>39</sup>

Ou ainda,

“Compete ao juízo comum estadual o processo para apuração de possíveis crimes contra a ordem econômica, capitulados na Lei 8.176/91, já que não contém previsão específica no sentido da competência da justiça federal. Inteligência do artigo 109, VI, da

Constituição Federal”.<sup>40</sup>

Não vejo crítica a essa leitura do artigo 109, VI, pois é evidente que o referido dispositivo constitucional exige, para servir de fundamentação à competência federal, texto legal expresso.

Contudo, há o equívoco na interpretação retalhada da Constituição, que exclui as outras hipóteses de competência criminal federal. De fato, resta ainda analisar o artigo 109, IV, justamente aquele que estabelece ser competência da Justiça Federal os crimes contra bens, interesses e serviços da União ou autarquia.

Olvidar esse dispositivo no Brasil de hoje é impossível, pois o combate às práticas anticoncorrenciais em todo território nacional é feita por órgãos da União Federal e o julgamento administrativo dessas práticas é feita por uma autarquia federal, o CADE.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 750, decidiu que há “clara predominância” de interesse federal para combater “práticas que estimulem a concorrência predatória”.<sup>41</sup>

Assim, justifica-se a necessidade de o tema ser tratado privativamente pela União, de modo a uniformizar o comércio interestadual e impedir eventuais políticas que dificultem o livre mercado entre as unidades federativas e, conseqüentemente, evitar que os laços federativos sejam embaraçados.

Assim, passamos a analisar uma segunda hipótese de competência da Justiça Federal.

### 6.3. Uma nova abordagem: crime em detrimento de interesse ou serviço da União e autarquia

De acordo com o artigo 109, IV, é crime federal aquele que lesa interesse, bem ou serviço da União ou autarquia federal. Assim, resta avaliar se o crime contra a concorrência se subsume em tais hipóteses.

Pelo critério do interesse da União, objetivamente identificado, o resultado da avaliação satisfaz ao modelo constitucional de definição da competência federal. O delito em exame ofende claramente interesses da União, expressos na Constituição, já que atenta contra os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e retira a função social da propriedade, valores que a União se comprometeu a defender, assumindo inclusive compromissos internacionais. Com efeito, o próprio CADE define que “cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer cotas, restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública ou restringir ou eliminar a concorrência de qualquer outra forma”<sup>42</sup>.

Não há a menor dúvida sobre o dever de proteção da ordem econômica por parte da União.

Assim, na página oficial do CADE a entidade se define como o órgão que “tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”.<sup>43</sup> E esclarece o âmbito de sua atividade repressiva: “investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência”<sup>44</sup>.

O último Plano Plurianual – PPA do CADE (2016-2019) estabeleceu como prioridade as seguintes iniciativas (i) fortalecimento da política de combate a cartéis, com ênfase na persecução de cartéis em compras públicas, inovando e aprimorando os mecanismos de investigação e de inteligência por meio do uso integrado de informações e da institucionalização de parcerias com órgãos da administração pública e organismos internacionais; (ii) implementação de melhores práticas reconhecidas internacionalmente

para prevenção e repressão a condutas anticompetitivas, de modo a aumentar a eficácia, eficiência e efetividade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; (iii) ampliação da geração de conhecimento sobre defesa da concorrência por meio da sistematização da jurisprudência do Conselho, do fomento à produção acadêmica e da realização de estudos econômicos com ênfase em setores de grande impacto econômico e social; e (iv) disseminação da cultura da concorrência no Brasil por meio da adoção de práticas educativas e formativas sobre o tema.

Sobre quais autoridades que seriam competentes para “investigar e punir cartéis e outras infrações relacionadas: o combate a cartel em licitação nas esferas administrativa, penal e civil, infrações relacionadas e autoridades competentes”, no “Guia de Combate a Cartéis em Licitação”, publicação oficial do órgão de 2019,<sup>45</sup> a entidade federal esclarece:

“No ordenamento jurídico brasileiro, o cartel configura ilícito antitruste, cuja previsão encontra-se na Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), conforme explicado anteriormente. Assim, no âmbito administrativo, o cartel como conduta anticompetitiva, i.e., infração que fere a livre concorrência, é investigado e o respectivo processo administrativo é instruído pela SG/Cade (artigo 13, inciso V, da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796)) e, posteriormente, é julgado pelo Plenário do Tribunal do CADE (artigo 9º, III, da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796)), que pode aplicar às empresas e pessoas físicas multas, além de outras penalidades prevista na Lei”.

Como justificar, diante desse quadro, que a “prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer cotas, restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública ou restringir ou eliminar a concorrência”<sup>46</sup> pode ser mero interesse local, e não da União?<sup>47</sup>

Outra demonstração muito clara de que a ordem econômica é interesse da União é que a polícia judiciária que atua em todos os casos de crimes contra a livre concorrência e ordem econômica é Polícia Federal, ainda que em conjunto com autoridades do Ministério Público dos Estados e remetendo o resultado da apuração para o judiciário estadual – justamente sob a justificativa de que uma de suas missões é apurar infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas. Ademais, por expressa determinação legal, a investigação dos crimes contra a ordem econômica é feita pela Polícia Federal.<sup>48</sup>

Ora, cabe à Justiça Federal, de acordo com o artigo 109, I, da Constituição, julgar as ações judiciais que eventualmente questionem a investigação e o julgamento das infrações cíveis à livre-concorrência. A execução das decisões do CADE também é de competência da Justiça Federal, como é óbvio. A Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), no mesmo diapasão, ordena que o CADE seja intimado para, querendo, intervir nos processos judiciais em que se discuta sua aplicação (art. 118). Caso o CADE manifeste seu interesse, qualquer ação judicial estadual passa a ser processada perante a Justiça Federal.

Por fim, a Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), prevê que membro do Ministério Público Federal será designado pelo procurador-geral da República para emitir parecer, nos processos administrativos visando à imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do conselheiro-relator. A Resolução Conjunta PGR/CADE 1/2016 detalha as atribuições do membro do MPF junto ao CADE e reconhece a atuação do Ofício MPF-CADE na prevenção da concentração de mercado, em consonância com a Lei Complementar 75/1993 (LGL\1993\23) (Lei Orgânica do MPU) consignando que é uma das funções institucionais do Ministério Público Federal zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à atividade econômica (art. 5º, II, “c” c/c art. 38, caput).

#### 6.4.A (falta de) fundamentação dominante

Portanto, carece de coerência a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em conflito de competência, que determinou que

“[E]mbora os crimes apurados no inquérito policial (concorrência desleal e abuso de poder econômico) digam respeito à coletividade e à proteção à ordem econômica, por não ter sido demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo a patrimônio, interesses ou serviços da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, bem como por não ter sido demonstrado o mínimo de suspeita de que o eventual ilícito tenha propensão para prejudicar o setor econômico de vários Estados-membros ou o fornecimento de serviços essenciais, afasta-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito”.<sup>49</sup>

A decisão do STJ a respeito da competência estadual para conhecer e julgar crimes contra concorrência se mostra verdadeiro paradoxo dentro do mesmo tribunal que decidiu que, com relação a infrações de adulteração de combustível,

“[É] indiscutível a legitimidade do Ministério Público Federal para propor a presente ação, porquanto, além de se verificar que o feito está relacionado à tutela de direitos coletivos, os quais, in casu, por sua própria natureza extravasam limites estaduais, nota-se que a fiscalização e a regulamentação da venda de combustíveis pertence a ente autárquico federal, qual seja, a Agência Nacional do Petróleo. Se há interesse da União, em âmbito administrativo, na regulamentação e fiscalização do comércio de combustíveis por intermédio de autarquia federal, então não se pode afastar a legitimidade ativa do MPF”.<sup>50</sup>

Aliás, há outros exemplos do próprio Superior Tribunal de Justiça consagrando a competência federal em crimes econômicos sem recurso ao artigo 109, VI, da Constituição, mas sim ao artigo 109, IV. Em rumoroso conflito de competência envolvendo investigação de político nacional, decidiu o STJ, por unanimidade, que a lavagem de dinheiro no exterior é crime de competência federal porque há interesse da União – comprovado pela atuação do COAF, órgão consultivo federal formado por servidores da União e de suas autarquias, mesmo sem qualquer menção expressa na lei que então regia o crime de lavagem de capitais (Lei 9.613/98 (LGL\1998\81)).<sup>51</sup>

Também merecedora de reparos a última posição da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, que trata na estrutura do Ministério Público Federal da defesa do consumidor, da concorrência e da regulação da atividade econômica. Em “Roteiro de Atuação de Combate a Cartéis”<sup>52</sup>, a 3ª CCR mudou a posição adotada anteriormente para entender que a atribuição do MPF, inclusive para ações cíveis, deve ser restrita para procedimentos “cujo objeto sejam condutas praticadas, seus reflexos ou questões estruturais inseridas em: (a) mercado relevante que englobe mais de um estado da Federação; (b) mercado relevante que abranja a maior parte ou todo território nacional; ou (c) mercado relevante internacional”, uma vez que “federalismo brasileiro preserva a atribuição dos Ministérios Públicos estaduais para questões de interesse local”.<sup>53</sup>

A Lei 8.137/90 (LGL\1990\43) não prevê a competência da Justiça Federal para as infrações nela contidas. Mas jamais se discutiu tal competência nos casos previstos nos artigos 1º e 2º, por exemplo, sempre que houver sonegação de tributos federais – porque bem da União foi lesado com a conduta. O uso de passaporte falso é crime federal porque interesse da União foi lesado com a conduta. Tentativa de roubo à Caixa Econômica Federal é crime de competência federal porque serviço e interesse da União foram lesados.

#### 6.5.A tutela penal federal dos crimes contra a concorrência

Diante de tudo o que expusemos, vimos que: a União Federal possui um braço do Ministério da Justiça, a Seprac, que compõe juntamente com a autarquia federal CADE o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com atribuição de investigação de todas as práticas anticoncorrenciais previstas na Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796). A Seprac

é órgão federal envolvido em consultas e em de práticas contrárias à livre concorrência e ao CADE cabem os procedimentos de investigação e julgamento dessas práticas.

Não há, como em outros casos, competência administrativa comum com os Estados-membros: todas, repito, todas as infrações cíveis à concorrência, retratadas na Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) serão investigadas, julgadas e eventualmente punidas por uma autarquia federal. Mesmo que o mercado relevante da conduta concertada ou do cartel não ultrapasse as fronteiras de um município – uma vez que uma conduta municipal, como já afirmamos, gera impacto em todo o Brasil.

Em síntese, há um complexo sistema de órgãos federais (Seprac, Polícia Federal) e uma autarquia federal (CADE), com inúmeros servidores públicos federais e bens alocados, prestando um serviço público federal de relevo: investigar e punir as práticas anticompetitivas em todo o território nacional.

Só que tais práticas anticompetitivas previstas em especial no artigo 36 da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) possuem reflexo criminal, estando descritas na Lei 8.137/90 (LGL\1990\43). Será que tais crimes não ofendem interesse e serviço federal?

A resposta é afirmativa. É impossível negar a realidade: a União Federal tem legítimo e exclusivo interesse, a partir da Constituição e de acordo com os mandamentos da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) de combater as práticas concertadas e similares.

Possui bens e servidores incumbidos, com exclusividade, de tal tarefa. E, finalmente, presta serviço público especializado na investigação, julgamento e punição de tais práticas.

Ou seja, a situação acima descrita (interesse, bens e serviço federal) se subsume com perfeição na hipótese normativa de competência do artigo 109, IV, da Constituição Federal. Outra interpretação negaria vigência ao artigo 109, IV, da Constituição. E pior: a outra interpretação possível, ser os crimes contra a concorrência, crimes de competência estadual, ofende princípios básicos de celeridade e eficiência da organização estatal, como se vê a seguir.

#### 7.Dividir para reinar: a fórmula da ineficiência

Atualmente, os crimes contra a concorrência são processados, em sua maior parte, pela Justiça Estadual<sup>54</sup>. Não obstante com as melhoras trazidas pela Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) para a persecução dessas infrações, a eficiência estatal no combate dessas práticas ainda deixa muito a desejar.

Um dos motivos, creio, de tal ineficiência está justamente nessa situação atípica: quem possui estrutura especializada na investigação, meios materiais de análise e interesse em combater os cartéis e similares é a União Federal, mas quem deve levar os infratores à Justiça Penal e condená-los é o Estado-membro.

Ademais, sabem os membros dos Ministérios Públicos estaduais que um acordo de leniência<sup>55</sup>, celebrado na esfera federal, por servidores públicos federais, sob a fiscalização do CADE, autarquia federal, (no qual possui assento o Ministério Público Federal e não o Ministério Público Estadual, pode extinguir a punibilidade do suposto crime estadual. Ora, cabe ao CADE, ente federal, a consecução do acordo de leniência, que serve para extinguir a punibilidade criminal. Apesar de incoerente e ofensivo ao pacto federativo, pela jurisprudência tradicional esse acordo federal acaba ocasionando a interrupção da persecução criminal estadual.

Se o leitor ficou com a impressão de que há um estranho no ninho do combate às práticas anticompetitivas, acertou. O estranho no ninho é ser o crime contra a concorrência estadual, de acordo com a jurisprudência tradicional.

Há ainda outros fatores que contribuem para a ineficiência e que tornam a persecução

desse crime na esfera estadual problemática.

Em primeiro lugar, os servidores públicos federais especializados na investigação desses crimes, caso cometam abusos, cometerão crime federal. O Departamento da Polícia Federal especializado na investigação desse pretense crime estadual sofre a supervisão externa do Ministério Público Federal. Caso um delegado da Polícia Federal não obedeça a requisição ministerial estadual, prevarique ou seja corrompido, cometerá crimes federais, ou seja, serão processados esses agentes policiais federais pelo Ministério Público Federal. A eventual ação de improbidade, importante fator de prevenção de condutas reprováveis de servidores públicos, será promovida na Justiça Federal, pelo Ministério Público Federal ou pela União Federal.<sup>56</sup>

Por outro lado, caso haja destruição dolosa de bens federais utilizados na investigação, caso haja crimes cometidos contra os agentes federais envolvidos (desobediência contra delegado da Polícia Federal, por exemplo), esses crimes serão crimes federais, de acordo com a jurisprudência dominante.

Só que o crime-mãe, que gerou todo esse envolvimento de agentes federais, bens federais e que exige supervisão federal da regularidade de suas condutas (do Ministério Público Federal e da Justiça Federal), é tido como estadual, processado pelo Ministério Público Estadual e julgado pela Justiça Estadual.<sup>57</sup>

É claro que o leitor atento percebe o resultado de tamanha incoerência: os crimes contra a concorrência são letra morta. A verdadeira atividade de combate às práticas anticompetitivas se restringem à esfera administrativa, no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A criminalização dessa conduta, apontada no começo desse artigo exigência do Estado Democrático de Direito em um mundo globalizado que determina sanção penal a algumas condutas que ofendem bens jurídicos coletivos, parece quase ficção se comparada com os resultados fáticos.

#### Conclusão

A jurisprudência tradicional se baseia na leitura isolada do artigo 109, VI, da Constituição, uma vez que a Lei 8.137/90 (LGL\1990\43) nada menciona sobre a competência da Justiça Federal.

Porém, ignora-se o disposto no artigo 109, IV. Assim, nem sempre o fato de, nos casos de crime contra a ordem econômica e sistema financeiro, a lei não prever expressamente a competência da Justiça Federal, exclui necessariamente a competência federal, pois pode estar configurado o interesse da União, ou envolvimento de seus bens, ou serviço.

Como demonstramos à exaustão, todas as hipóteses do artigo 109, IV, são satisfeitas no caso dos crimes contra a concorrência: há lesão a bens, serviço e interesse da União e de autarquia federal (CADE).

Continuar afirmando ser estadual a competência para processar e julgar tais crimes é, além de contrária ao disposto na Constituição, viola a Constituição e o dever de proteção dos direitos difusos.

Para tutelar criminalmente a ordem econômica, cindir o interesse federal, considerando-o presente na esfera cível e administrativa e inexistente na esfera criminal não me parece ser escopo jurídico, social ou político da jurisdição. Não se alcança com isso nem celeridade, nem desburocratização.

A medida, no mínimo, dificulta a investigação. Ora, a mesma jurisprudência que exclui a competência federal e atribuição do Ministério Público Federal nos crimes contra a ordem econômica entende, pacificamente, que cabe ao mesmo Ministério Público Federal

exercer o controle externo da Polícia Federal, e não ao Ministério Público dos Estados.

Ou seja: nesses casos específicos, como o parquet federal vai efetivamente exercer a tarefa constitucional de controlar as investigações, se é afastado do processo? O que fazer, por exemplo, se for constatada prevaricação, concussão ou outro crime de funcionários federais, por exemplo, no tal acordo de leniência, que suspende o processo antes de extinguir a punibilidade? Cindir o processo e a investigação nas esferas federais e estaduais?

É evidente que perseguição penal fica muito prejudicada. E, novamente, quem sai ganhando são os réus desses crimes, notoriamente tão beneficiados em relação ao criminoso comum.

Não se quer aqui afastar as garantias do Direito penal e processual penal em nome de uma perseguição torquemadiana. O que se está postulando é o mínimo: coerência nas decisões e eficiência para concretizar a tutela penal dos crimes contra a ordem econômica.

Dividir a investigação criminal é ineficiente: não haverá harmonização enquanto eventuais delitos perpetrados por funcionários públicos na investigação de crimes contra a ordem econômica sejam julgados na Justiça Federal e as condutas investigadas por estes agentes, na Justiça Estadual; enquanto se entender que a proteção de direitos coletivos violados pela concorrência desleal e existência de cartéis deve cindir a lógica do pacto federativo, porque considera a tutela desse direito interesse da União somente nas esferas administrativa e cível enquanto que a repercussão da conduta violadora do mesmo bem jurídico deve ser repassada para a Justiça dos estados na esfera penal.

Para maior eficiência na perseguição penal dos crimes contra a concorrência, o tratamento que o Estado deve dar deve ser conjunto nas esferas administrativas, cível e criminal. É impossível fraturar a tutela penal da análise federal do -CADE. Vários pontos que refletem diretamente na avaliação da conduta delitativa são dirimidos pelo órgão federal: definição de mercado relevante; diferenciação de dumping ou preço predatório; análise de atos de concentração econômica entre grandes empresas, entre outros.

A proteção da concorrência não é um tema local ou regional. Os efeitos nocivos afetam necessariamente todo o território, mesmo que aparentemente sejam "estaduais". Imagine um cartel estadual, por exemplo. Ele gera efeitos em todo o Brasil, pois cria barreiras ao ingresso de competidores (no caso de colusão de preços, contratos de monopólio etc.) e com isso nem em casos "estaduais" seriam efetivamente de competência da justiça estadual.

Como já afirmamos, a criminalização de condutas contra a livre concorrência está inserida no contexto do novo Direito penal que entende a ofensa a interesses difusos e bens jurídicos coletivos como uma exigência do Estado Democrático de Direito: impõe-se assim a sanção penal às condutas violadoras de bens jurídico-penais coletivos, sempre tendo como escopo o respeito aos direitos fundamentais e efetividade do sistema criminal. Ora, os direitos difusos afetados pelas condutas contra a livre concorrência são espalhados pelo território nacional; não há como avaliá-los ou entendê-los isoladamente em um bairro, município, estado ou região.

Principalmente porque, como vimos, há determinação internacional de tutelar a ordem econômica e livre concorrência como decorrência da função expansiva e efeito irradiante dos direitos fundamentais e direitos humanos: a violação à livre concorrência viola direitos sociais; viola o direito ao desenvolvimento e direito ao mínimo existencial. O Brasil se obriga perante a comunidade internacional a proteger e zelar progressivamente por esses direitos, uma vez que é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 26), Protocolo de San Salvador sobre direitos sociais, econômicos e culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – todos tratados que estabelecem o compromisso de adotar as medidas

adequadas para efetivar os direitos sociais. Como já visto, como decorrência à aceitação da proteção internacional dos direitos humanos, o Estado brasileiro tem o dever de investigar, processar e punir penalmente os violadores de tais direitos.

Enquanto não resolvermos a questão – básica e ululante – da competência, ainda estaremos discutindo sobre processos cindidos, sentenças nulas e crimes prescritos...

#### Referências

ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2012.

ABADE, Denise Neves. Processo penal – carreiras federais. Coordenação André Ramos Tavares e José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARATTA, Alessandro. Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal – Lineamientos para una teoría del bien jurídico. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 1, p. 35 y ss., 1993.

BECHARA, Ana Elise Liberatore. Bem jurídico-penal. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. Barcelona: Ariel, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANTON FILHO, Fábio. Bem jurídico penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAPALDO, Giuliana Ziccardi. The pillars of global law. Hampshire: Ashgate Publishing, 2008.

CARVALHO RAMOS, André. Curso de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO RAMOS, André. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Madrid: Ed. Colex, 1995.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. v. 3.

GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HÄBERLE, Peter. La libertà fondamentali nello Stato costituzionale. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1996.

HART, Herbert L.A. O conceito de direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried, Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Trad. Muñoz Conde. Actualidad Penal, Madrid, n. 43, 1993.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho penal futuro. Revista Penal – Universidade Complutense, n. 1, p. 37-42, 1998.

HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal. Parte general. Lima: Ed. Eddilli, 1987.

JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Colex, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal – parte general. Granada: Ed. Comares, 2000.

KARAM, Maria Lucia. Competência no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MARCEAU, Gabrielle. WTO Dispute Settlement and Human Rights. European Journal of International Law, v. 13, Issue 4, p. 753-814, September 2002. Disponível em: [www.ejil.org/archives.php]. Acesso em: 29.05.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Inst Bras Dir Constitucional, 1998.

MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

Nature And Impact Of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws, Daffe/Comp(2002)7, de 9 de abril de 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf]. Acesso em: 19.05.2020.

PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Directrices Político-Criminales del Anteproyecto del Código Penal. In: MIR PUIG, Santiago; ROXIN, Claus; BARATTA, Alessandro et al. Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá: Ed. Temis, 1982.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução da 2ª edição alemã e notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo e De Vicente Remasal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

SMANIO, Gianpaolo Paggio. Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos. Justitia, São Paulo, 64(197), p. 213-236, jul.-dez. 2007.

SMANIO, Gianpaolo Paggio. Segurança pública e cidadania – uma análise do sistema penal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Ed. FGV, v. 243, p. 48-70, 2006.

TURESSI, Flávio Eduardo. Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal

brasileiro – parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ZANELLA, Everton. Infiltração de agentes e combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.

1 .A distinção feita por parte da doutrina conceituando “direitos humanos” como os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e normas internacionais, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico, como bem aponta Carvalho Ramos, perde sentido nos dias de hoje: “A antiga separação entre direitos humanos (matriz internacional, sem maior força vinculante) e direitos fundamentais (matriz constitucional, com força vinculante gerada pelo acesso ao Poder Judiciário) no tocante aos instrumentos de proteção fica diluída, pois os direitos humanos também passaram a contar com a proteção judicial internacional (...) Além disso, vários desses direitos previstos nacionalmente foram também previstos internacionalmente. Os direitos fundamentais espelham, então, os direitos humanos. Assim, uma interpretação nacional sobre determinado direito poderá ser confrontada e até corrigida internacionalmente”. Conferir em CARVALHO RAMOS, André. Curso de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 55-56.

2 .Há os que sustentam que a crescente cooperação e interdependência entre os Estados ocasionariam a “relativização da soberania”. Mas entendo, como já afirmado em obra anterior, que a interação e cooperação entre os Estados – da qual o exemplo mais profundo é a opção pela integração econômica e política – longe de representar um amesquinamento ou relativização da soberania, pode ser um reforço à própria independência do Estado e seu poder popular. Citando alguns exemplos concretos, concluo: “a cooperação entre os Estados não desprezita a soberania dos envolvidos, que, em alguns casos, possui até estatura constitucional, como por exemplo, no Brasil (art. 1º, inciso I, da Constituição brasileira). De fato, a cooperação envolve um exercício de soberania compartilhada pelos Estados, ou seja, ao invés de uma relativização da soberania, temos uma soberania compartilhada expandida”. Sobre o tema, conferir ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32-33.

3 .CAPALDO, Giuliana Ziccardi. The pillars of global law. Hampshire: Ashgate Publishing, 2008. p. 9-16.

4 .CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p 1332-1333.

5 .Nesse sentido, entre outros: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 64-65; SMANIO, Gianpaolo Paggio. Segurança pública e cidadania – uma análise do sistema penal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Ed. FGV, v. 243, 2006, p. 64.

6 .Vide a título de exemplo JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal – parte general. Granada: Ed. Comares, 2000. p. 6; PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 68; MIRANDA RODRIGUES, Anabela. A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção). Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 268 e 282-283.

7 .André de Carvalho Ramos observa precisamente que nesse caso paradigmático “a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo pouco estudado ainda no Brasil, revelou a existência de um novo papel da vítima no processo penal: o de exigir a punição dos autores das violações de direitos humanos sem qualquer exigência de prova de interesse material ou indenização na esfera cível”. CARVALHO RAMOS, André. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 289.

8 .Conferir em JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal – parte general. Granada: Ed. Comares, 2000. p. 6. Sobre este tema assinala Jescheck: “El inventario de bienes protegidos jurídico-penalmente varía. En el Derecho Penal reciente se da tanto la nueva incriminación como la descriminalización. Las alteraciones en la valoración de los bienes jurídicos se expresan asimismo a través de los cambios en la aplicación de las sanciones”.

9 .Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

10 .“Cartels are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefits that would justify the losses that they generate”. Report on the Nature And Impact Of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws, Daffe/Comp(2002)7, de 9 de abril de 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf]. Acesso em: 19.05.2020.

11 .O Decreto 9.266/2018 (LGL\2018\360) conferiu nova redação ao art. 41-A, do Anexo I ao Decreto 9.003, de 13 de março de 2017 (LGL\2017\1825): “Art. 41-A. À Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência compete:

I – exercer as competências relativas à promoção da concorrência no âmbito da administração pública federal direta; II – acompanhar o funcionamento dos mercados e propor medidas de estímulo à eficiência e à competitividade; III – analisar o impacto regulatório de políticas públicas setoriais; IV – acompanhar, sob o viés concorrencial, a política de comércio exterior; V – propor, coordenar e executar as ações relativas à gestão das políticas de infraestrutura das quais o Ministério participe; VI – analisar e propor medidas, em articulação com os demais órgãos competentes, para: a) melhorar e elevar a produtividade da economia brasileira; b) reduzir os custos de realização de negócios no País e fomentar o ambiente de negócios e o desenvolvimento dos mercados financeiro e de bens e serviços; c) incentivar o desenvolvimento do setor produtivo e promover o capitalismo inclusivo, de forma alinhada aos objetivos do desenvolvimento sustentável; d) promover a competitividade e a inovação da economia brasileira; e e) promover o desenvolvimento, a atração e a adoção de tecnologias de ponta; VII – realizar, em parceria com instituições públicas e privadas, brasileiras e estrangeiras, pesquisas e outras atividades técnicas que contribuam para o cumprimento das suas atribuições. Parágrafo único. As competências da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência não se estendem ao setor de energia Suas funções não estão diretamente relacionadas com a dinâmica do CADE, não havendo relação entre a autarquia e o órgão do Ministério da Fazenda nos processos julgados pelo Tribunal da Concorrência, salvo na hipótese do art. 19, IV, da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796), que dispõe caber à Secretaria de Acompanhamento Econômico “elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo -CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo”.

12 .Conforme art. 97 da Lei 12.529.

13 .CANTON FILHO, Fábio. Bem jurídico penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 3.

14 .Cite-se exemplificadamente, no Brasil, as pioneiras obras de PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003; e GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2002, e as mais recentes BECHARA, Ana Elise Liberatore. Bem jurídico-penal. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014; TURESSI, Flávio Eduardo. Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015. No estrangeiro, a discussão é mais antiga, dentro outros: FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995; BARATTA, Alessandro. Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal – Lineamientos para una teoría del bien jurídico. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 1, p. 35 y ss., 1993; JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Colex, 1997. p. 47-48; e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: J. M. Bosch, 1992. p. 269.

15 .HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal. Parte general. Lima: Ed. Eddilli, 1987. p. 39.

16 .ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução da 2ª edição alemã e notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo e De Vicente Remasal. Madrid: Civitas, 1997. p. 56.

17 .A denominação dos requisitos de “importância social” e “necessidade de proteção em sede penal” é utilizada por Santiago Mir Puig. Ver em MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Ed. Ariel, 1994. p. 162. Sobre o caráter político-criminal do bem jurídico, conferir também RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Directrices Político-Criminales del Anteproyecto del Código Penal. In: MIR PUIG, Santiago; ROXIN, Claus; BARATTA, Alessandro et al. Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá: Ed. Temis, 1982. p. 321 e ss.

18 .SMANIO, Gianpaolo Paggio. Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos. *Justitia*, São Paulo, 64(197), jul.-dez. 2007, p. 216-217.

19 .Utilizando-se aqui o conceito de Hart, para quem o Direito é sistema composto de normas primárias e secundárias. As normas primárias são aquelas que impõem obrigações e asseguram direitos diretamente aos indivíduos, como o Código Penal. As normas secundárias asseguram que os seres humanos possam estabelecer novas regras, alterando ou extinguindo as existentes. São regras sobre regras. Normas que viabilizam a criação de obrigações e direitos, ou seja, de normas primárias. Exemplo de normas secundárias são os dispositivos constitucionais que viabilizam o processo legislativo, ou ainda os dispositivos do código civil que autorizam a realização de contratos, que por sua vez estabelecem direitos e obrigações. Ver em HART, Herbert L.A. O conceito de direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 91.

20 .Sobre interpretação teleológico-sistemática da lei penal sob a ótica do bem jurídico, conferir a obra de Albin Eser e Björn Burkhardt, que criticam a utilização pura deste tipo de interpretação, assinalando o seguinte: “Por otro lado, a la hora de realizar una

interpretación teleológica orientada en el bien jurídico, es necesario no olvidar que este método puede conducir fácilmente a sobredimensionar al ámbito de la punibilidad. Por consiguiente, es necesario un correctivo –inminente en toda interpretación ‘razonable’– a través del criterio de insignificancia lesiva, según el cual es necesario excluir desde el comienzo ‘las injerencias mínimas en el bien jurídico’ protegido por determinados tipos penales (como por ejemplo, en los delitos de lesiones o en el delito de detenciones ilegales) cuando éstos sean materialmente insignificantes”. Ver em ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Madrid: Ed. Colex, 1995. p. 29.

21 .KARAM, Maria Lucia. Competência no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 30.

22 .HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho penal futuro. Revista Penal – Universidade Complutense, n. 1, p. 37-42, 1998.

23 .ROXIN, Claus. La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000. p. 27.

24 .BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. Barcelona: Ariel, 1986. p. 6.

25 .Ver, dentre outras, as Recomendações Gerais do Conselho Econômico e Social/Comissão de Direitos Humanos da ONU – Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights – E/CN.4/Sub.2/2000/13, de 15 de junho de 2000; e do Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU: The impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights (E/CN.4/Sub.2/2001/13), 27 de junho de 2001; Liberalization of trade in services and human rights (E/CN.4/Sub.2/2002/9), 25 de junho de 2002; Human rights, trade and investment (E/CN.4/Sub.2/2003/9), 2 de julho de 2003; Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization (E/CN.4/2005/41), 23 de dezembro de 2004; Mainstreaming the right to development into international trade law and policy at the World Trade Organization (E/CN.4/Sub.2/2004/17), 9 de junho de 2004; The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health (E/CN.4/2004/49/Add.1), 1º de março de 2004; Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of non-discrimination in the context of globalization (E/CN.4/2004/40), de 15 de janeiro de 2004.

26 .Conferir texto de MARCEAU, Gabrielle. WTO Dispute Settlement and Human Rights. European Journal of International Law, v. 13, Issue 4, p. 753-814, September 2002. Disponível em: [www.ejil.org/archives.php]. Acesso em: 29.05.2020.

27 .Para André de Carvalho Ramos, o mínimo existencial “consiste no conjunto de direitos cuja concretização é imprescindível para promover condições adequadas de existência digna, assegurando o direito geral de liberdade e os direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à previdência e assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, entre outros”. CARVALHO RAMOS, André. Curso de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p 79.

28 .Nesse exato sentido é a nota “The role of competition policy in promoting sustainable

and inclusive growth”, elaborada pelo secretariado da UNCTAD (sigla em inglês da United Nations Conference on Trade and Development, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento). Disponível em: [https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6\_en.pdf]. Acesso em: 09.06.2020, segundo a qual “By correcting market failures, effective competition policies may lead firms to become more efficient, increase innovation and widen consumer choice and product quality. Further, as outlined in one study, these conditions may also lead to firms producing healthier, safer, environmentally responsible and more ethical and equitable products, in order to satisfy the demands of more discerning and conscientious consumers.<sup>5</sup> Proponents of competition policy would argue that, as well as fostering economic growth, this is indicative of its role in supporting equitable outcomes, alleviating poverty and indirectly promoting sustainable and inclusive development. Further, the alignment of business practices, especially those of big business, can play a central role in determining the development path of a nation”.

29 .Associado ao reconhecido efeito irradiante dos direitos fundamentais está a assunção de sua dimensão objetiva, que redundará na chamada “dupla dimensão” dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não devem ser entendidos apenas como conferidos a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. Sobre efeito expansivo e irradiante e dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conferir, dentre outros: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. em especial p. 149. HÄBERLE, Peter. La libertà fondamentali nello Stato costituzionale. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1996. p. 116. No Brasil, ver MENDES Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, 1998. p. 214; e SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2004. p. 371.

30 .O CADE somente passou a disponibilizar os primeiros dados abertos relativos à sua atuação na defesa da concorrência no país, no Portal Brasileiro de Dados Abertos do governo federal, em janeiro de 2018, no site [http://dados.gov.br/dataset/controle-de-decisao]. A partir daí a autarquia se comprometeu a publicizar três conjuntos de informações: controle de decisões, multas aplicadas em processos de condutas anticompetitivas e histórico de arrecadações ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Contudo, a despeito da preocupação inicial em garantir o direito ao acesso à informação, é preciso que os órgãos coloquem essas ferramentas em ativa. O site não tem sido alimentado com dados desde 2018; hoje, é possível acessar o Boletim de Jurisprudência – onde há controle das decisões, e não dos outros dois conjuntos de informações – disponível em: [www.cade.gov.br/assuntos/boletim-de-jurisprudencia].

31 .Conferir nesse sentido a obra de ZANELLA, Everton. Infiltração de agentes e combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.

32 .A proposta concreta de um “direito de intervenção” pode ser vista em HASSEMER, Winfried, Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Trad. Muñoz Conde. Actualidad Penal, Madrid, n. 43, 1993.

33 .Conforme definimos em ABADE, Denise Neves. Processo penal – carreiras federais. Coordenação André Ramos Tavares e José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 167.

34 .Artigos 6º e 20 do AI 2/65.

35 .Arts. 103/105.

36 .Ver em ABADE, Denise Neves. Processo penal – carreiras federais. Coordenação André Ramos Tavares e José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 168-169.

37 .Ver in MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Ed. Atlas, p. 436. Por seu turno, preleciona Amaral Santos que “E tal é a relevância dessa competência dos juízes federais, que a própria Constituição Federal dedicou-lhe disposições expressas, impedindo que a lei ordinária regulasse a matéria”.

38 .Ver in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. v. 3, p. 10.

39 .2. A ementa prossegue: “In casu, embora os crimes apurados no inquérito policial (concorrência desleal e abuso de poder econômico) digam respeito à coletividade e à proteção à ordem econômica, por não ter sido demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo a patrimônio, interesses ou serviços da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, bem como por não ter sido demonstrado o mínimo de suspeita de que o eventual ilícito tenha propensão para prejudicar o setor econômico de vários Estados-membros ou o fornecimento de serviços essenciais, afasta-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito”. STJ, CC (LGL\2002\400) 148.159/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 26.06.2019, DJe 01.07.2019.

40 .STJ, CC (LGL\2002\400) 19201/SP, DJ 25.02.98, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca.

41 .STF, ADI 750, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.08.2017, DJ 09.03.2018. Extrai-se trecho do voto do relator: “Em diversos dispositivos constitucionais fica clara a intenção do constituinte de, de um lado, promover a integração e a cooperação entre os entes subnacionais e, de outro, combater todas as práticas que estimulem a concorrência predatória ou a criação de barreiras ao comércio ou à livre circulação de bens e pessoas no território nacional. Veja-se, por exemplo, a previsão de que é vedado aos Entes a criação de distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III, Constituição Federal), bem como que é vedado à União “instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País” (art. 151, I, Constituição Federal). No mesmo sentido, os dispositivos ora impugnados também não se justificam diante do princípio da proporcionalidade [...] Ao estabelecer requisitos específicos para a comercialização de todos os produtos alimentícios em âmbito estadual, o Estado do Rio de Janeiro acaba por dificultar a inserção de bens provenientes de outras localidades em seu mercado e a livre circulação de mercadorias. [...] Daí a necessidade de o tema ser tratado privativamente pela União, de modo a uniformizar o comércio interestadual e, conseqüentemente, evitar que os laços federativos sejam embaraçados. [...] No caso, parece-me evidente não haver justificativa plausível que autorize restrições às embalagens de alimentos comercializados no Estado do Rio de Janeiro. Há clara predominância de interesse

federal a evitar limitações que possam dificultar o mercado interestadual”.

42 .Conforme “Cartilha do Cade”. Disponível em:  
[[www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf)].  
Acesso em: 30.05.2020.

43 .Disponível em: [[www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional)]. Acesso em:  
02.06.2020.

44 .Disponível em:  
[[www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy\\_of\\_competencias/capa-interna](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna)].

45 .Guia de Combate a Cartéis em Licitação, p. 19. Disponível em:  
[[www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-de-combate-a-c](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-c)].  
Acesso em: 30.05.2020.

46 .Definição de cartel constante na Cartilha do Cade. Disponível em:  
[[www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf)].  
Acesso em: 07.06.2020.

47 .O artigo 36 da Lei 12.529/2011 (LGL\2011\4796) elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (§ 3º). Esse dispositivo estabelece uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que têm a possibilidade de causar danos à concorrência.

48 .Lei 10.446, de 08 de maio de 2002 (LGL\2002\433), que regulamenta a atuação da Polícia Federal no caso de investigação de cartel que tenha repercussão interestadual ou internacional e exija atuação uniforme.

49 .STJ, CC (LGL\2002\400) 148.159/SP, rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, j. 26.06.2019, DJe 01.07.2019.

50 .STJ, AgRg no REsp 1518698/SE, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 25.08.2015, DJe 16.11.2015.

51 .STJ, CC (LGL\2002\400) 32861/SP, rel. Min. Gilson Dipp, decisão unânime, DJ 19.11.2001.

52 .Roteiro de Atuação de Combate a Cartéis, Ministério Público Federal – 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2019. Disponível em:  
[[www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-car](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-car)].  
Acesso em: 30.05.2020.

53 .Roteiro de Atuação de Combate a Cartéis, Ministério Público Federal – 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2019., p. 23 e 24. Disponível em:  
[[www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-car](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-car)].  
Acesso em: 30.05.2020.

54 .Ver, além do precedente aqui já citado, entre outros, os precedentes do STJ em conflitos de competência: CC (LGL\2002\400) 40.165/PR, 15.206/RJ, 38.989/RJ e 22.895/SP.

55 .Vide o artigo 35-C e seu parágrafo único, incluídos no texto da Lei 8.884/94 (LGL\1994\48) pela Lei 10.149/2000 (LGL\2000\232), que dispõem: "Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 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. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo."

56 .Para não fugir ao objeto do artigo, adoto, sem maior explanação, o entendimento majoritário no Superior Tribunal de Justiça, pelo qual cabe ao Ministério Público Federal atuar na Justiça Federal, sendo ofensivo ao pacto federal a atuação na Justiça Federal do Ministério Público Estadual. Aliás, após anos de atuação na área criminal do Ministério Público Federal na capital de São Paulo, constato que a realidade mostra que esse entendimento é amplamente compartilhado por Promotores estaduais e Procuradores da República.

57 .E, ironicamente, caso haja conexão com apenas um crime federal (por exemplo, desacato a servidor federal), todos os crimes estaduais serão julgados pela Justiça Federal. Ver, entre outros, STF, HC 68.399, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento de 19.02.91, RTJ, 135/672.