

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO PENAL

DELFIN, Márcio Rodrigo¹; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr²

Antes de se analisar a relação entre Direito de Concorrência e Direito Penal é importante ressaltar o perfil que a Constituição Federal de 1988 traçou para a Ordem Econômica.

Como se sabe, o Direito Constitucional moderno ampliou as tradicionais dimensões da Constituição, incluindo entre outras matérias, normas referentes à Ordem Econômica, as quais foram inseridas, na atual Carta Magna, em seu Título VII, interessando, particularmente, o exame do Capítulo I (artigos 170/181), que trata dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”.

Tais dispositivos demonstram que o constituinte optou pelo sistema capitalista, relacionando a propriedade privada e a livre iniciativa entre os Princípios da Ordem Econômica.

Dessa forma, verifica-se que a inserção da livre iniciativa entre os fundamentos da Ordem Econômica significa o reconhecimento do direito de qualquer pessoa de explorar atividades empresariais. E como consequência praticamente inevitável da livre iniciativa, surge a livre concorrência que, por ser Princípio da Ordem Econômica (CF, artigo 170, IV), merece garantia constitucional (artigo 173, § 4º).

A concorrência pode se manifestar das mais variadas formas, desde que calcada na lealdade e na sinceridade, uma vez que a boa-fé é uma das características mais importantes das relações mercantis.

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

² Orientadora e docente do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

Todavia, tal transparência deixa de existir sempre que um empresário, visando à obtenção de maiores vantagens, utiliza-se de forma ilegal dos elementos que constituem a base do sucesso de seu concorrente surgindo, assim, o que se conhece, popularmente, por concorrência desleal.

Na realidade, porém, é preferível a utilização da expressão “concorrência ilícita” para designar o gênero em que se englobam todas as formas de concorrência sancionadas pela lei, independentemente da natureza civil, penal ou administrativa da sanção. Já as expressões “concorrência desleal” e “concorrência perpetrada com abuso de poder” devem ser vistas como espécies do gênero “concorrência ilícita”.

A concorrência desleal é reprimida nas esferas civil e penal e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes. Por outro lado, a concorrência perpetrada com abuso de poder, conhecida como infração da ordem econômica, pelo fato de comprometer as estruturas do livre mercado é reprimida, também, em nível administrativo.

A repressão administrativa às infrações da ordem econômica compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que tem, ainda, atribuições preventivas, sendo de grande importância aquela relacionada à aprovação de atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar dominação de mercado, como os de concentração empresarial (artigo 54, da Lei n.º 8.884/94).

Após tecer essas observações, passa-se a analisar, especificamente, as relações existentes entre o Direito de Concorrência e o Direito Penal, objeto principal do presente estudo.

Primeiramente, cumpre ressaltar que na concorrência desleal as lesões produzidas se limitam aos interesses do empresário diretamente vitimado pela prática irregular.

Todavia, não é fácil diferenciar a concorrência leal da desleal, sendo necessário analisar os meios empregados, que podem ser idôneos ou inidôneos, para ganhar novos consumidores em detrimento dos concorrentes. São exemplos de meios considerados inidôneos a espionagem econômica, mesmo quando realizada a distância (*hacking*) e a publicidade enganosa, entre outros.

As práticas empresariais tipificadas como crime de concorrência desleal vêm descritas no artigo 195, da Lei n.º 9.279/96, conhecida como Lei de Propriedade Industrial (LPI), e se viabilizam, basicamente, através de fraude na obtenção de informações sobre empresa concorrente, que se opera por meio de violação de segredo de empresa; ou através de fraude na veiculação de informações sobre empresa concorrente, o que se dá mediante a indução de consumidores em erro.

A pena cominada para as condutas elencadas no referido dispositivo legal é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, e a ação penal é privada, somente se procedendo mediante queixa do ofendido, conforme estabelece o artigo 199 da LPI. Tal espécie de iniciativa da ação penal reforça seu caráter privatista.

De outra banda, nas infrações da ordem econômica, a concorrência ilícita ameaça as estruturas da economia de mercado e, conseqüentemente, um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes são atingidos, motivo pelo qual se justifica uma maior reprovabilidade das condutas incriminadas. Além

disso, a infração da ordem econômica não se caracteriza pelo meio utilizado, mas sim pelos efeitos potenciais ou efetivos da prática concorrencial.

Como se sabe, a Lei n.º 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste, tem, basicamente, a natureza de estatuto de direito administrativo. Não incrimina as condutas ali descritas, dando ensejo a sanções não-penais tais como multa e cisão de sociedade, por exemplo, a serem aplicadas pelo CADE.

Pode ocorrer, entretanto, de uma conduta empresarial ser caracterizada como infração da ordem econômica e, também, crime contra a ordem econômica. Tal fato se verifica quando a conduta é, a um só tempo, descrita pelos artigos 20 e 21, da Lei n.º 8.884/94 e pelos artigos 4º a 6º, da Lei n.º 8.137/90.

As penas cominadas aos crimes previstos nos artigos 4º e 5º, da Lei n.º 8.137/90 são, respectivamente, de reclusão e detenção, nos dois casos de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Já em relação ao artigo 6º a pena é de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa. A ação penal, para os crimes previstos nesta lei, como é de se esperar, é pública incondicionada (artigo 15).

Por fim, é importante consignar que a proteção legal dada ao direito de concorrência, em virtude de novas práticas de mercado, derivadas sobretudo da globalização, não se tem mostrado de todo eficiente a reprimir os abusos cometidos por comerciantes e empresas inescrupulosos.

É indispensável que o legislador, atento aos anseios da comunidade jurídica, passe a prestar mais atenção e dar o devido valor ao Direito de Concorrência e ao chamado Direito Penal Econômico, consolidando e garantindo maior eficácia às normas disciplinadas por tais ramos do Direito. Se necessário, até mesmo prevendo novas tipificações penais a condutas danosas ainda não abarcadas pelo ordenamento jurídico.

Mas é fundamental, acima de tudo, que o Estado invista maciçamente na cooptação e capacitação de pessoal especializado na aplicação de tais normas. A Justiça, o Ministério Público e a Polícia devem, assim, ter atuação contundente e constante, tendente a minimizar os efeitos negativos da concorrência empresarial.

E o CADE, autarquia incumbida de apurar as infrações da ordem econômica, aplicando as sanções cabíveis, deve assumir cada vez mais seu papel de guardião maior da livre iniciativa, da livre concorrência, defendendo a função social da propriedade, os consumidores e reprimindo firmemente os abusos do poder econômico.

O trabalho de pesquisa foi abordado utilizando-se os métodos axiológico, histórico e comparativo. Consistiu, ainda, na leitura de obras, artigos de jornais e revistas, bem como de outras publicações referentes ao tema. A pesquisa é, portanto, teórica, bibliográfica e documental.