

Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,  
respectivamente anexos aos  
Departamentos de Direito Comercial e de  
Direito Econômico e Financeiro da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

*Serviços gráficos:* Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280  
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

*Edição e distribuição da*

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678  
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802  
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

# SUMÁRIO

---

## DOCTRINA

- O “dumping” como forma de abuso do poder econômico — Luiz Gastão Paes de Barros Leães ..... 5
- Variação cambial como indexador de contratos — Luciano Amaro ..... 16
- Dos contratos de utilização de navios no Direito Brasileiro (Análise Crítica) — Ary Brandão de Oliveira ..... 27
- Redução dos custos de captação no Mercado de Valores Mobiliários — Nelson Eizirik ..... 37
- Riscos da atividade empresarial no âmbito penal — Joaquim Simões Barbosa ..... 42
- Comércio exterior brasileiro: “Antidumping” Mercosul — Pedro Paulo Cristofaro ..... 58
- A responsabilidade especial dos empreiteiros prescrita no art. 1.245 do Código Civil — João Luiz Coelho da Rocha ..... 64

## JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Variação cambial de moeda nacional — Waldírio Bulgarelli ..... 72

## ATUALIDADES

- O crédito documentário e os usos e costumes internacionais: seu papel como fator de desenvolvimento econômico e de integração social — Luiz Felizardo Barroso ..... 78

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- “Proteção do consumidor no contrato de compra e venda” — Alberto do Amaral Júnior — Comentário de Waldírio Bulgarelli ..... 87

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO ..... 88

**CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO****ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA**

Advogado

**JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA**

Advogado no Rio de Janeiro.

**JOAQUIM SIMÕES BARBOSA**

Advogado.

**LUCIANO AMARO**

Advogado.

**LUIZ FELIZARDO BARROSO**

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

**LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES**

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**NELSON EIZIRIK**

Advogado.

**PEDRO PAULO CRISTOFARO**

Advogado no Rio de Janeiro — Professor Contratado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**WALDÍRIO BULGARELLI**

Professor Titular de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

# DOCTRINA

---

## RISCOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL NO ÂMBITO PENAL

JOAQUIM SIMÕES BARBOSA

1. Introdução — 2. Responsabilidade pelos atos criminosos praticados em nome da pessoa jurídica — 3. Obtenção de recursos junto ao público investidor e instituições financeiras.

### 1. INTRODUÇÃO

Toda empresa, no exercício de sua atividade econômica, se relaciona com um universo variado de pessoas e outras empresas.

Ela obtém parte dos recursos de que necessita junto ao público investidor e a instituições financeiras. Concede empréstimos. Contrai débitos para com credores das mais variadas origens. Contrata empregados. Utiliza bens de terceiros. Concorre com as demais empresas por uma fatia maior do mercado em que atua. Vende seus produtos e serviços a clientes e consumidores. Paga impostos. Interfere com toda a comunidade ao atuar sobre o meio ambiente.

Nesses vários relacionamentos, a empresa muitas vezes se depara com bens jurídicos que o legislador considerou de especial importância, a ponto de conferir-lhes a proteção da lei penal.

Além disso, certas empresas atuam em áreas especiais, mais sensíveis, que justificam uma proteção também mais rigorosa do Poder Público. Assim é, principalmente, com as empresas que lidam com poupanças de terceiros, como as instituições financeiras, empreendedoras imobiliárias e entidades de previdência privada.

Mais adiante trataremos dos principais tipos penais que podem ocorrer em cada um dos vários relacionamentos que a empresa estabelece no exercício de sua atividade. Também trataremos da proteção penal conferida aos detentores de poupança privada, alcançados pelas áreas especiais de atuação das empresas acima referidas.

Antes, contudo, convém discutir uma questão mais genérica, que está sempre presente na aplicação do direito penal no âmbito empresarial. Trata-se da questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

### 2. RESPONSABILIDADE PELOS ATOS CRIMINOSOS PRATICADOS EM NOME DA PESSOA JURÍDICA

Pode-se dizer que, no mundo moderno, a atividade empresarial é sempre exercida através de uma pessoa jurídica. Quem atua é a pessoa jurídica, que tem personalidade jurídica própria, autônoma e independente da de seus sócios e administradores.

Ocorre que, por não ter existência material, a pessoa jurídica não pode ir para a cadeia. Também não é possível pensar na responsabilização penal das pessoas jurídicas, com a penalização recaindo sobre seu representante legal,

independentemente de sua participação pessoal para a prática do delito.

Somente o ser humano é capaz de delinquir, e, em consequência, responder penalmente por seus atos. Todavia, conforme esclarece Celso Delmanto: “embora a pessoa jurídica não pratique crimes, estes, muitas vezes, são cometidos em seu nome. Evidentemente, não se pode punir as pessoas físicas que a compõem por dela participarem, mas só pelos crimes que — em nome da pessoa jurídica — elas praticaram ou determinaram fossem cometidos”.<sup>1</sup>

O mesmo Celso Delmanto chama a atenção para as dificuldades envolvidas na identificação dos indivíduos que são os verdadeiros responsáveis pelos delitos praticados em nome da pessoa jurídica. Ele atribui essas dificuldades à constatação de que “o acusador, por via de regra, desconhece as deliberações tomadas pelos diretores”.<sup>2</sup> Muitas vezes, se tem a certeza moral de que a prática do delito foi determinada pela diretoria mas nada se pode fazer contra seus membros por falta de uma evidência concreta desse fato.

Parece existir uma tendência jurisprudencial de abrandar o rigor com que se exigia a comprovação da participação individual de cada diretor. Conquanto continue sendo exigida, para a *condenação* do diretor, a comprovação da sua responsabilidade pessoal, o STF já admite que se *instaura o processo penal* contra todos os diretores mesmo na ausência de uma descrição da participação criminosa de cada um deles. O diretor só poderá evitar a instauração do processo se demonstrar que não teve participação nos atos delituosos.<sup>3</sup>

Alguns países, por outro lado, têm tentado soluções legislativas que, sem ferir o princípio segundo o qual não há crime sem culpa, procuram facilitar a penalização dos representantes legais de pessoas jurídicas envolvidas em práticas criminosas.

Segundo informa Luiz Regis Prado, o Direito Alemão, por exemplo, em diploma de 1975, introduziu, com esse claro propósito, o seguinte dispositivo: “Quem, como proprietário ou titular de uma empresa, dolosa ou culposamente, omite-se em adotar as medidas de vigilância necessárias para evitar a realização de infrações cominadas com pena ou multa administrativa e vinculadas à atividade da empresa, será punível por contravenção, quando se praticar uma contravenção ou delito, no caso em que o exercício da vigilância devida pudesse evitar a contravenção ou o delito”.<sup>4</sup>

Com esse dispositivo, não é preciso provar a participação específica do “proprietário ou titular” da empresa na prática do ato para penalizá-lo. Basta provar que ele não adotou as medidas de vigilância necessária para evitar tal prática. Trata-se de uma hipótese clássica de crime omissivo, onde o ilícito está na quebra do dever jurídico de agir para evitar o resultado.

No Brasil alguns dispositivos da legislação de proteção ao meio ambiente, que serão comentadas mais adiante, também procuraram facilitar a penalização dos principais responsáveis pela pessoa jurídica. Mas, ao contrário do que fez o Direito Alemão, o legislador brasileiro não se limitou a criar uma hipótese de crime omissivo, tendo optado por introduzir no ordenamento jurídico uma espécie de responsabilidade penal objetiva, que é incompatível com a sistemática tradicional do Direito pátrio e tem constitucionalidade duvidosa.

### 3. OBTENÇÃO DE RECURSOS JUNTO AO PÚBLICO INVESTIDOR E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O diploma básico nesse campo é a Lei 7.492, de 16.6.86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (que ficaram popularmente conhecidos como “crimes do colarinho branco”).

Essa lei visa a reprimir uma série de condutas indesejadas que podem ser praticadas por todos os que participam do sistema financeiro, captando, aplicando ou intermediando recursos. Por ora, estaremos interessados naqueles tipos penais que envolvem a obtenção de recursos e outras transações feitas pelas empresas em geral junto ao público investidor e instituições financeiras. Mais adiante, examinaremos os que se aplicam especificamente à atuação das instituições financeiras.

Antes de entrar no exame dos tipos específicos, convém mencionar que a Lei 7.492/86 contém algumas regras processuais especialmente rigorosas. A prisão preventiva de um acusado de prática de um dos crimes nela previstos, por exemplo, pode ser decretada “em razão da magnitude da lesão causada” (art. 30). De acordo com as regras ordinárias de processo penal, a prisão preventiva somente cabe em situações extraordinárias, como quando o acusado não tenha domicílio certo, esteja ameaçando testemunhas, etc..

Além disso, também quando a lesão causada for considerada de grande magnitude, o réu acusado de um crime punível com pena de reclusão (qualquer que seja a duração da pena mínima prevista) não tem direito a fiança e só pode apelar após ter sido recolhido à prisão, ainda que seja ele primário e de bons antecedentes (art. 31).

Dito isso, vamos aos tipos específicos.

Alguns desses tipos consubstanciam condutas de imoralidade evidente, como emitir certificados de valores mobiliários não autorizados pela companhia ou negociar títulos falsos ou falsificados, ou fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo declaração falsa em documento comprobatório de investimento.

Outros tipos, porém, consubstanciam desvios de conduta que são usuais mesmo entre empresas sérias. Outros, ainda, podem ocorrer por simples descuido ou erro de interpretação.

É crime, por exemplo, emitir, oferecer ou negociar títulos ou valores mobiliários “sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados” (art. 7.º).

Como se sabe, o registro prévio na CVM somente é exigido nas emissões públicas. As emissões particulares podem ser feitas sem qualquer registro. Em certas circunstâncias, porém, a determinação do caráter público ou privado da emissão é controvertido.

Imagine-se que, em uma situação dessas, certa companhia entenda que uma determinada emissão por ela pretendida é privada e a efetive sem registro prévio na CVM. Imagine-se ainda que a CVM acabe firmando entendimento oposto. Nesse caso, terão os administradores dessa companhia cometido um crime, punível com 2 a 8 anos de reclusão?

Parece-me que, nesse caso, a existência de uma dúvida razoável sobre a ilicitude do ato, poderia afastar a culpabilidade penal. Ainda assim, a simples existência desse tipo penal recomenda redobrado cuidado quando da análise da natureza pública ou privada de uma determinada emissão.

É crime, por outro lado, “manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação”, punível com reclusão de 1 a 5 anos (art. 11). Trata-se da famosa “caixa 2”, que está presente, pelos mais variados motivos, na maioria das empresas.

Outros crimes tipificados na Lei 7.492/86 que freqüentam os usos e costumes de nosso meio empresarial, e até mesmo privado, são aqueles relativos a operações de câmbio. É crime “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País” (art. 22). Pratica o mesmo crime quem promover, “sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não

declarados à repartição federal competente" (parágrafo único).

O tipo "manter depósitos não declarados à repartição federal competente" não gera maiores polêmicas. Conquanto o art. 17 da Lei 4.131/62, e o art. 1.º do Dec.-lei 1.060/69, que previam a obrigatoriedade de declaração ao Banco Central dos bens e valores mantidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas, dependessem de regulamentação do Conselho Monetário Nacional, que nunca chegou a ser expedida, a regulamentação do Imposto de Renda prevê a obrigatoria inclusão dessa informação na declaração anual de rendimentos e bens.

Já os tipos "efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas" e promover a saída de moeda ou divisa para o exterior "sem autorização legal", são mais problemáticos.

É preciso, inicialmente, distinguir entre o ato de adquirir moeda estrangeira e o de promover a sua saída para o exterior. A aquisição de moeda estrangeira se faz através de uma operação de câmbio, que, por força da Lei 4.131/62, somente pode ser realizada por estabelecimentos devidamente autorizados e está sujeita a um rígido regime estabelecido pelo Banco Central. É a operação realizada com infração a esse regime que se aplica o *caput* do art. 22.

Outra situação é a da pessoa que dispõe legitimamente da moeda estrangeira e promove sua saída do território nacional. Essa pessoa estaria incurso no parágrafo único do art. 22, caso essa saída tenha sido feita "sem autorização legal".

Ocorre que o art. 17 do Dec. 42.817/57 dispõe (ou dispunha) que é "livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro (...)" do território nacional. Não é certo que esse dispositivo ainda esteja em vigor, pois a Lei 4.131/62 regulou de forma exaustiva a mesma matéria. Não pude localizar, porém, qualquer dispositivo legal que

proibisse a saída do papel-moeda estrangeiro em certas circunstâncias. Na ausência desse dispositivo, e tendo em vista a garantia constitucional de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.º, II), penso que continua livre a saída do papel-moeda estrangeiro do território nacional. Com isso, a regra do parágrafo único do art. 22, que é uma espécie de norma penal em branco, não teria aplicação no momento.

Ainda quanto ao tipo previsto no *caput* do art. 22, vale mencionar que, para que o crime se configure, é preciso que a operação de câmbio não autorizada tenha sido feita *com o fim* de promover *evasão* de divisas do País. A simples compra da moeda estrangeira no mercado paralelo, com a guarda da moeda comprada em um cofre de Banco, por exemplo, será um ato irregular mas não criminoso. O mesmo não se pode dizer da *intermediação profissional da compra e venda* de moeda estrangeira, *com habitualidade*, nas mesmas circunstâncias. Existe, para esse caso, um tipo específico (art. 16).

Outros tipos previstos na Lei 7.492/86 que merecem menção são: indução ou manutenção de sócio, investidor ou repartição pública competente em erro relativamente a operação ou situação financeira, sonegando informação ou prestando-a falsamente (art. 6.º), obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira (art. 19), e aplicação de recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato (art. 20).

### Concessão de empréstimos

No curso normal de suas operações, a empresa, muitas vezes, concede crédito a seus clientes ou outros terceiros. Não poderá, porém, fazê-lo de tal forma e com tal habitualidade que sua atuação

possa ser caracterizada como uma intermediação de recursos privativa de instituição financeira. Se o fizer, estará incidindo no tipo penal previsto no já mencionado art. 16 da Lei 7.492/86.

Não poderá, também, exigir, nessas operações, juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração que esteja em desacordo com a legislação, o que é crime tipificado no art. 8.º da mesma lei, punível com pena de reclusão de 1 a 4 anos. Como se sabe, empresas que não sejam instituições financeiras somente podem cobrar juros de, no máximo, 12% ao ano, por força da chamada Lei de Usura.

Há quem sustente, inclusive, que até mesmo as instituições financeiras estariam sujeitas a esse limite máximo de juros, por força do § 3.º do art. 192 da Constituição de 1988, conquanto já existam decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup> entendendo que esse dispositivo, que estabelece o referido limite, não é auto-aplicável, necessitando para tanto de regulamentação do Congresso, a qual nunca foi expedida. Apesar desses pronunciamentos, muitas decisões de tribunais inferiores (algumas, inclusive, posteriores aos referidos acórdãos do STF e STJ) têm sido proferidas em sentido contrário.<sup>6</sup>

### Relacionamento com credores

Em matéria de relacionamento com credores, os problemas de natureza criminal aparecem principalmente quando a empresa entra em estado de insolvência. Nesse momento, é comum que os sócios e administradores da empresa procurem desviar bens e receitas que pertencem à empresa, colocando-os a salvo dos efeitos de uma possível falência. Ou, no esforço desesperado de salvar a empresa, tomem medidas que favorecem determinado credor, que continua lhes prestando apoio, em de-

trimento dos demais. Ou, ainda, procurem ocultar o estado de insolvência, para continuar obtendo crédito.

Pode-se dizer que, de um modo geral, é crime qualquer ato praticado com alguma dessas finalidades. O Dec.-lei 7.661/45, lista, nos seus arts. 186 a 189, uma série de atos que para tanto costumam ser praticados. As penas variam de detenção de seis meses a reclusão de 4 anos.

### Relacionamento com empregados

Existem deveres das empresas para com seus empregados, dos empregados para com a empresa e de terceiros (como sindicatos) para com a empresa e os empregados, cuja quebra pode gerar responsabilização penal.

Nos interessam, principalmente, os tipos penais que dizem respeito a situações de greve ou *lockout*. Os demais tipos consubstanciam condutas de imoralidade evidente, como aliciar trabalhadores para o fim de imigração ou de levá-los para localidades remotas do território nacional, ou a manutenção de trabalho escravo.

A Lei 4.330/64, que listava uma série de crimes relativos ao que classificava como exercício abusivo do direito de greve, foi revogada pela Lei 7.783/89. Não foram revogados, porém, os arts. 197 a 200 e 202 do CP que tratam de matéria correlata. Entende Celso Delmanto, não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, o art. 201, que tratava da greve nos serviços de interesse coletivo.<sup>7</sup>

Permanecem tipificados como crime, entre outros menos relevantes:

- (i) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a trabalhar ou não trabalhar durante certo período (art. 197, I), a abrir ou fechar seu estabelecimento ou a participar de paralisação de atividade econômica (art. 197, II);
- (ii) participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho praticando

violência contra pessoa ou contra coisa (art. 200);

(iii) invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes (art. 202); e

(iv) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional (art. 199).

Vale mencionar que qualquer pessoa, inclusive o empregador, e não apenas o empregado, pode praticar os crimes acima tipificados. Também o empregador, muitas vezes como forma de pressão para que sejam autorizados aumentos de preços ou tarifas, promove paralisações de atividade. Se o fizer com a prática de violências e ameaças repudiadas pelo Código Penal poderá ser enquadrado na prática de um crime.

Também é crime frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. Segundo Celso Delmanto, fraude "é o ardil, engodo, artifício que leva o enganado à aparência falsa da realidade".<sup>8</sup> Utilizaria um desses artificios, o empregador que trata como trabalhador autônomo aquele que, em realidade, é seu empregado, e, com isso, deixa de pagar alguns benefícios a que somente o empregado faz jus, tais como FGTS, 13.º, férias, aviso prévio, etc.?

### Utilização de bens de terceiros

No exercício de sua atividade, a empresa utiliza, muitas vezes, bens pertencentes a terceiros. São imóveis, maquinários, veículos, etc., mas são também bens imateriais, como marcas, patentes, criações artísticas, etc..

Da mesma forma como a empresa não pode esbulhar a propriedade imobiliária de um terceiro, também não pode se apropriar indevidamente da

propriedade intelectual de outros. A quebra desse dever é, em ambos os casos, crime.

Com efeito, o art. 184 do CP considera crime violar direito autoral. Os arts. 169 a 171 do Dec.-lei 7.903/45 (parte do antigo Código da Propriedade Industrial mantida em vigor pelo novo Código) tipificam como crime as várias formas de violação de privilégio de invenção e de patente de modelo de utilidade. O art. 175 do mesmo diploma penaliza com detenção de 3 meses a um ano a violação de direito de marca. Os arts. 176 e 177 tratam, respectivamente, dos crimes contra o nome comercial e contra a expressão ou sinal de propaganda. O art. 35 da Lei 7.646/87 considera crime "violar direitos de autor de programas de computador".

Também é crime exercer como privilegiada, indústria que não o seja, ou depois de anulado, suspenso ou caduco o privilégio. Da mesma forma, é crime usar em modelo de utilidade ou em desenho ou modelo industrial, expressão que o dê, falsamente, como depositado ou patenteado, ou mencioná-lo, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, sem o ser.

### Concorrência: concorrência desleal e liberdade de concorrência

Conforme já mencionado, as empresas concorrem com as demais por uma fatia maior do mercado em que atuam. Isso é saudável e estimulado, como o meio mais eficiente de suprir o mercado com os bens e serviços que ele deseja, em quantidades adequadas, aos preços mais baixos e com a melhor qualidade.

Nesse processo de concorrência entre empresas, porém, existem desvios de conduta que são nocivos à coletividade e que, por isso mesmo, são reprimidos pelo Poder Público.

Esses desvios de conduta podem ser classificados em dois grandes grupos: aqueles que caracterizam concorrência

desleal e os que atentam contra a liberdade de concorrência.

O princípio maior é o de que a concorrência deve ser livre e intensa. Qualquer ato que procure limitar ou reduzir, artificialmente, a liberdade ou intensidade da concorrência é antijurídico.

Naturalmente, “concorrer” significa procurar “eliminar o concorrente”. Se a empresa, dentro das regras do jogo de mercado, consegue, por sua insuperável eficiência, eliminar os demais concorrentes e impedir o acesso ao mercado de novos, terá alcançado, de forma legítima e louvável, o sucesso a que todos almejam. Poderá gozar as glórias de seu feito, sem nada dever ao direito ou à justiça. Essa empresa terá estabelecido o que se chama de monopólio natural.

Monopólio natural é aquele conseguido ou exclusivamente às custas dos méritos da empresa, ou porque somente ela tem a tecnologia necessária para fabricar determinado produto, ou, ainda, por sempre ter-lhe pertencido a única fonte de insumos necessários à fabricação do produto. Em todos esses casos a ausência da concorrência é um fato natural, que, em princípio, nada tem de ilícito. Nesse casos, o ilícito que pode surgir diz respeito ao exercício abusivo do extraordinário poder que essas empresas passam a ter quando conseguem uma posição monopolística. Sem enfrentar concorrência, a empresa pode, por exemplo, promover aumentos abusivos de preços.

Idealmente, as empresas devem gozar de total liberdade para fixar seus preços, ainda que ao fazê-lo, consigam margens extraordinárias de lucro. Em um mercado competitivo, grandes margens de lucro representam um incentivo a que outras empresas direcionem seus recursos para o suprimento do produto ou serviço em questão, aumentando sua oferta e, em conseqüência, forçando a queda natural dos preços e margens de

lucros. É assim que funciona a famosa “mão invisível” a que se refere Adam Smith. Esse sistema, porém, só funciona, insista-se, quando existem concorrentes ou, ao menos, a possibilidade de ingresso desses no mercado.

Como visto, a simples conquista do monopólio natural não constitui ilícito penal ou de qualquer outra espécie. O que é crime é conseguir ou tentar a eliminação da concorrência e o monopólio mediante o emprego de métodos espúrios, artificiais, que nada têm a ver com eficiência ou méritos empresariais.

Diz-se que o ato atenta contra a liberdade de concorrência, quando os métodos espúrios empregados procuram afastar a participação competitiva dos concorrentes.

São exemplos de atos que estão nessa categoria a aquisição do controle ou a incorporação da maioria das empresas concorrentes, a celebração com essas empresas de ajustes de preços ou de divisão de mercado, o impedimento de acesso dos concorrentes a fontes de insumos, a exigência de compromissos de exclusividades de clientes e fornecedores, o condicionamento da venda de produtos de grande aceitação no mercado à aquisição de outros bens ou serviços, a venda de produtos abaixo do custo para forçar a quebra de concorrentes, etc..

Quando o emprego de métodos espúrios simplesmente procura prejudicar indevidamente o concorrente, no contexto da própria competição, diz-se que é um ato de concorrência desleal. Ao mencionado princípio de que a concorrência deve ser livre e intensa, junta-se o de que ela deve ser conduzida de forma leal.

Os exemplos são: difamar o concorrente e seus produtos, aliciar diretores e empregados do concorrente para desviarem em seu favor oportunidades de negócio, realizar espionagem industrial, etc..

## Os Diplomas Legais sobre a Matéria

No Brasil, essas duas categorias de desvios de conduta empresarial são tratadas com alguma confusão conceitual. São diversos os diplomas que tratam do assunto, reproduzindo os tipos penais uns dos outros, muitas vezes integralmente, outras, apenas com pequenas diferenças.

Esses diplomas classificam a matéria, com pouca consistência doutrinária, entre abuso do poder econômico (Lei 4.137/62), crimes contra a economia popular (Lei 1.521/51), crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90) e concorrência desleal (art. 178 do Dec.-lei 7.903/45).

Para piorar as coisas, muitos deles contêm dispositivos de proteção ao consumidor e de intervenção estatal na economia (como tabelamento de preços e salários, estabelecimento de critérios obrigatórios de reajustamento, etc.) que pertencem a disciplinas distintas, com pressupostos muito diferentes e, algumas vezes, até mesmo antagônicos.

Os diplomas antes referidos, permitem ao Poder Público desfazer, quando possível, os atos, acordos e ajustes ilegais, penalizando os agentes que deles participam com multas e, em alguns casos, com a privação da liberdade. Na repressão das condutas consideradas ilegais nesse campo, o Poder Executivo conta com uma Secretaria Nacional de Defesa Econômica — SNDE, e com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE.

### Condutas ilegais de “per se” e a “regra da razão”

Em matéria de proteção à liberdade de concorrência, existem dois tipos distintos de condutas que podem gerar penalização: (i) condutas que, para serem consideradas ilegais, dependem do objetivo visado pelos agentes ou dos efeitos que delas podem advir, e (ii)

condutas que são ilegais independentemente dos objetivos visados e dos efeitos possivelmente produzidos.

O primeiro tipo de conduta inclui atos de integração de atividades das empresas que são rotineiramente praticados e que, na grande maioria das vezes, representam um esforço legítimo de aumento de eficiência da atuação das empresas envolvidas.

Em certas circunstâncias, porém, esses atos de integração podem ser usados como forma de se obter o domínio do mercado ou a eliminação, total ou parcial, da concorrência ou o aumento abusivo de preços. Nessas circunstâncias esses atos são ilegais. O método desenvolvido pela doutrina e jurisprudência para determinar se tais circunstâncias estão presentes, é chamado de “regra da razão”, expressão que vem do original inglês “rule of reason” (voltaremos a esse método, em maior detalhe, mais adiante).

Como é muitas vezes impossível provar a intenção dos agentes ao praticarem determinado ato, a Lei presume o propósito ilícito (para certos efeitos muito limitados, que serão mais adiante comentados) quando o resultado que normalmente decorreria desse ato seja o domínio do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento abusivo de preços.

O exemplo típico dessa categoria de conduta é a incorporação de uma empresa pela outra. Uma operação desse tipo nada tem, normalmente, de irregular. Quando, porém, as duas empresas que participam de operação detêm em conjunto uma grande parcela do mercado em que atuam, a integração total de suas atividades, que é o resultado inevitável de uma incorporação, pode criar uma superempresa, dona de uma faixa de mercado tão ampla que lhe será possível dominá-lo. Nesse caso, a operação será considerada ilegal.

Note-se que, no exemplo dado, seria, na prática, impossível provar que as

empresas em questão estariam movidas pelo desejo de dominar o mercado. Muitas outras razões legítimas e sustentáveis poderiam ser invocadas. A operação, no entanto, é, ainda assim, ilegal, já que a legislação não exige a prova do objetivo visado, bastando que se produza evidência de que o resultado provável da operação é o domínio do mercado.

Sobre essa conclusão, porém, é preciso dizer uma palavra. Ela vale para efeito de anulação do ato praticado (por força da nova redação dada ao art. 74 da Lei 4.137/62 pela Lei 8.158/91, que agora fala em acordos, ajustes, etc. que *possam* reduzir ou eliminar a concorrência ...), mas não para a tipificação do crime ou, mesmo, para ensejar a aplicação de sanções administrativas. Para esses efeitos, é preciso provar que o fim visado era "inibir a livre concorrência" (na aplicação das sanções administrativas, art. 2.º, "f", da Lei 8.158/91) ou que o resultado efetivamente alcançado foi o domínio do mercado ou a eliminação da concorrência (na tipificação do crime, art. 4.º, I, da Lei 8.137/90). Naturalmente, o alcance desses requisitos depende em grande parte do rigor com que eles forem aplicados pela Jurisprudência.

Mesmo a conclusão de que basta a prova de que o resultado provável da operação é o domínio do mercado para a anulação do ato, está sujeita a controvérsia. Não conheço ainda qualquer comentário doutrinário feito após a adoção da nova redação do art. 74 da Lei 4.137/62, mas imagino que ainda haverá quem sustente a necessidade da prova do dolo ou, ao menos, da ocorrência dos efeitos indesejados para que se possa anular o ato.

A categoria das condutas que são ilegais independentemente dos objetivos visados e dos efeitos possivelmente produzidos (chamada pela doutrina infrações *de per se*), é formada por con-

duitas que têm um caráter abusivo inerte e que, por isso mesmo, não integram as práticas normais de comércio.

Um fabricante, por exemplo, que detenha um monopólio natural de algum produto e que se aproveite do poder que advém desse monopólio para condicionar a venda do produto que só ele fabrica à compra pelo cliente de um outro produto, está praticando um ato que atenta contra a livre competição. A determinação do caráter abusivo dessa prática independe de considerações quanto a objetivos ou resultados. Seria o que os criminalistas chamam de "crime de mera conduta" ou "simples atividade".

### Dificuldades na aplicação da legislação antitruste

São muitas as dificuldades de aplicação no Brasil de uma legislação antitruste (como a legislação de repressão aos atos contrários à liberdade de concorrência também é conhecida).

O primeiro diploma legal sobre a matéria, a Lei 4.137, é de 1962 (para não falar na Lei 1.521/51, que já continha alguns dispositivos pertinentes). No entanto, nesses mais de trinta anos de existência, a legislação antitruste brasileira não se fez sentir na prática. Os poucos casos de condenações administrativas não têm qualquer representatividade e, na esfera penal, simplesmente não existem precedentes.

Reformas dessa legislação foram tentadas em 1990 e 1991, em um esforço para torná-la mais efetiva, sem, contudo, alcançar êxito. Uma nova reforma encontra-se presentemente em estudo, sob a forma de um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo.

Por que esse quadro? Certamente, não será por falta de infratores. Os economistas são unânimes em identificar o Brasil como um país fechado, com alta concentração econômica e grande número de setores oligopolizados, onde

poucas empresas atuam de forma concertada, pondo-se a salvo dos riscos da competição. Exatamente o ambiente onde uma legislação antitruste efetiva teria um importante papel a desempenhar.

Como dito, várias são as razões para o insucesso das tentativas que vêm sendo feitas nessa área. Talvez a mais importante seja a existência de uma certa incompatibilidade entre a natureza da legislação antitruste e nossa tradição jurídica.

Tomemos um exemplo. O art. 4.º, I, "c", da Lei 8.137/90 tipifica como crime contra a ordem econômica "abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante incorporação de empresas".

Vamos nos deter à hipótese de eliminação total ou parcial da concorrência mediante incorporação de empresas. Essa hipótese, interpretada literalmente, levaria à conclusão de qualquer operação onde uma empresa incorpore outra do mesmo ramo de atuação seria ilegal, já que um efeito inevitável da incorporação é o desaparecimento da empresa incorporada, no caso, uma concorrente.

Essa conclusão, porém, levaria a uma situação desastrosa, pois, no curso normal dos negócios, incorporações desse tipo ocorrem aos milhares e, na grande maioria das vezes, representam um ato legítimo de integração de atividades, conforme já mencionado. Muitas vezes, duas empresas que, sozinhas, não teriam escala para competir com eficiência no Mercado, juntas, passam a ter. Isso é saudável e faz parte do jogo capitalista.

Por isso mesmo, todos os comentaristas e intérpretes dessa matéria entendem que a incorporação de uma empresa por seu concorrente somente será ilegal dependendo da aplicação ao caso concreto da já comentada "regra da razão".

A aplicação dessa regra passa por várias e sofisticadas etapas. Primeiro é preciso delimitar o mercado em que atuam as

empresas envolvidas. Parece fácil, mas, em muitas situações, não é. O mercado de um fabricante de papel celofane, por exemplo, é composto somente por esse específico papel ou nele se deve considerar também todos os demais materiais flexíveis para embalagem? Uma famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, se debateu com esse problema, tendo sido tomada por uma maioria apertada de votos.<sup>9</sup>

Em segundo lugar é preciso dimensionar esse mercado e estabelecer a posição relativa de cada uma das empresas envolvidas e aquela que terá a empresa resultante da cisão. Tarefa também complicada, que depende da disponibilidade de estatísticas detalhadas e confiáveis, artigo raro no nosso País. Em um caso recente, por exemplo, o departamento especializado do Ministério da Fazenda, a pedido da SNDE, informou que a participação de uma determinada empresa no mercado relevante era uma, quando as avaliações internas daquela empresa indicavam outra totalmente diferente.

Feito isso, é preciso determinar a partir de que ponto a participação do concorrente é relevante o suficiente para que sua eliminação, pela incorporação, passe a constituir um ato ilícito. A lei não especifica qualquer percentual, ficando essa determinação a cargo da opinião dominante dos economistas.

Ora, em um país com a tradição jurídica do Brasil, colocar alguém na cadeia (ou mesmo impor-lhe uma punição pecuniária ou de outra natureza) com base na aplicação de um método desses, que depende de tantos elementos subjetivos, é muito difícil. Basta lembrar um dos corolários do princípio da legalidade, assim comentado por Celso Delmanto:

"As leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não

podem ser aceitas *leis vagas* ou *imprecisas*, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar. (...) As eventuais falhas da lei *incriminadora* não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador, para punir alguém".<sup>10</sup>

Além disso, existe a questão, muito debatida na doutrina, da necessidade de se provar o dolo, ou seja, no caso, a intenção de eliminar a concorrência, o que tornaria virtualmente impossível a aplicação prática do dispositivo. Pessoalmente, entendo que esse crime deveria admitir a modalidade culposa. Segundo Celso Delmanto, "a culpa não cuida da finalidade da conduta (que quase sempre é ilícita), mas da não-observância do dever de cuidado pelo sujeito, causando o resultado e tornando punível o seu comportamento".<sup>11</sup>

Ora, o dispositivo comentado quer que não existam incorporações de que resultem a eliminação da concorrência. Os administradores e controladores da empresa, sabendo disso, têm o dever de ter o cuidado de se certificarem de que uma determinada operação que estejam planejando não terá esse efeito. Se não observarem esse dever e a incorporação realizada acabar resultando na eliminação da concorrência, terão cometido, por culpa, o crime.

Para isso, porém, seria necessário, aparentemente, que a lei admitisse, textualmente, a prática do crime na modalidade culposa, o que não ocorre. Segundo ensina Celso Delmanto, "a punição por dolo é a regra, enquanto a sanção por culpa é excepcional. Ela só é admissível quando a lei textualmente a prevê".<sup>12</sup> É verdade que o mesmo Autor menciona alguns tipos do Código Penal que não trazem essa previsão textual e que, no entanto, admitem, segundo a maioria da doutrina nacional, a punição por culpa.<sup>13</sup>

Muitas outras razões ainda poderiam ser apontadas para o insucesso da legislação antitruste brasileira, como a falta de uma estrutura governamental ágil e especializada encarregada da sua aplicação (o que vem sendo tentado com a reformulação do CADE e da SNDE) e a inadequabilidade de se punir com a privação da liberdade atos dessa natureza (muitos sustentam que para esse tipo de ilícito, as punições deveriam ser eminentemente pecuniárias).

### O Projeto de Lei ora em exame

O projeto de lei antes referido, procura, basicamente, reestruturar o CADE, a SNDE e o processo administrativo, com vistas a dar-lhes maior eficácia de atuação.

Cria também, a extraterritorialidade da aplicação da legislação antitruste brasileira. De acordo com o projeto, os atos praticados no exterior seriam alcançados por essa legislação sempre que possam produzir efeitos no território nacional. Trata-se de uma regra importada dos Estados Unidos, onde vigora há muitos anos.

O projeto também cria um novo tipo penal, que é "aumentar abusivamente o preço de bem ou serviço". Esse tipo incorre, ainda com mais razão, no problema já mencionado das leis penais vagas ou imprecisas, que os tribunais, em nome do princípio da legalidade, acabam negando aplicação. Além disso, peca por não fazer uma distinção fundamental.

Conforme já comentado, é da essência do modelo capitalista a ampla liberdade para a fixação dos preços. Se, por qualquer motivo, verifica-se, em determinado momento, uma carência aguda de certo produto, devem os seus produtores ter liberdade para promover o aumento de preços que essa circunstância especial permitir, ainda que em proporções extraordinárias e sem guardar qualquer rela-

ção com majoração de custos. Esse aumento, que poderia ser taxado de abusivo, é, no entanto, saudável, pois estimula a injeção de novos recursos no setor que terá por efeito normalizar o abastecimento do produto e recolocar os preços em níveis adequados.

O aumento abusivo que é antijurídico e que merece ser penalizado é aquele promovido por quem possui uma situação monopolística. Isso, porque nessa situação o aumento de preços não tem por efeito o estímulo à injeção de novos recursos no setor, já que o monopólio detido pelo produtor impede o acesso de novos concorrentes ao mercado.

O legislador, porém, não fez essa indispensável distinção, com o que o dispositivo acaba afrontando uma lei econômica e, por isso mesmo, perdendo eficácia.

Vale ainda mencionar uma importante alteração pretendida no já referido art. 74 da Lei 4.137/62. Esse artigo prevê a obrigatória apresentação prévia à SNDE para aprovação de todos os acordos, ajustes e contratos que possam limitar a concorrência. Até o momento, a única penalidade para o descumprimento dessa obrigação legal era a nulidade do correspondente ato. Agora, o projeto prevê multa de 50.000 UFIRs para quem descumprir o dispositivo.

### **Intervenção do Estado na Economia**

Como dito, muitos dos diplomas que regulam a questão da concorrência contêm dispositivos de proteção ao consumidor e de intervenção estatal na economia. Os dispositivos relativos à proteção do consumidor serão tratados em capítulo próprio mais adiante.

Na parte da intervenção estatal na economia, é de se destacar o disposto no art. 6.º da Lei 8.137/90, que trata como crime contra a ordem econômica as seguintes condutas:

(i) vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabe-

lado, ao fixado ou controlado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle;

(ii) aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente; e

(iii) exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive, por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação.

### **Defesa do Consumidor**

Nas suas relações com os consumidores, a empresa está sujeita a deveres especiais, cuja quebra pode gerar responsabilização penal dos administradores.

Os correspondentes tipos penais estão previstos principalmente nos arts. 61 a 80 do Código de Defesa do Consumidor — CDC e no art. 7.º da Lei 8.137/90.

Há quem veja no art. 75 do CDC uma tentativa de criação de uma espécie de “responsabilidade objetiva em matéria penal” dos administradores das pessoas jurídicas por crimes contra as relações de consumo. O entendimento dominante, porém, parece ser o de que permanece em vigor a regra aqui já comentada de que somente pode ser criminalmente penalizado aquele cuja responsabilidade individual na prática do ato criminoso tenha sido comprovada.<sup>14</sup>

Uma inovação introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor — CDC foi a criação da pena de “contrapropaganda” que pode ser imposta cumulativa ou alternativamente às penas de privação da liberdade e de multa (art. 78, II). Trata-se da obrigação de publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação.

O art. 78 prevê também a aplicação das penas de interdição temporária de direitos e de prestação de serviços à comunidade, que já eram admitidas, em circunstâncias diferentes, nos arts. 44 a 47 do CP. Os direitos que podem ser temporariamente interditados são: (i) ao exercício de cargo, função ou atividade pública, e de mandato eletivo, e (ii) ao exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público.

Os tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor dizem respeito, principalmente, ao desrespeito a deveres especiais ligados (i) à segurança e saúde do consumidor, (ii) à publicidade, que não pode ser enganosa ou abusiva e que deve ser embasada em dados fáticos, técnicos e científicos devidamente organizados, (iii) à cobrança de dívidas, (iv) à manutenção de cadastros do tipo Serviço de Proteção ao Crédito, (v) à entrega de termo de garantia adequado e (vi) ao emprego, na reparação de produtos, de peças ou componentes de reposição novos.

Alguns desses tipos são especialmente problemáticos. Esse é o caso do art. 67 que tipifica como crime "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva". Quer me parecer que esse é mais um caso de lei penal vaga, que os tribunais terão grande relutância em aplicar.

O conceito de publicidade enganosa e abusiva está enunciado nos vários parágrafos do art. 37. O § 2.º, diz ser abusiva a publicidade, por exemplo, que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança". Em maior ou menor grau, porém, esse abuso parece estar presente em qualquer publicidade dirigida ao público infantil. Onde se coloca a linha a partir da qual o abuso constitui crime? Ou se vai colocar todos os produtores de brinquedos na cadeia?

Os tipos penais previstos na Lei 8.137/90, são, resumidamente, os seguintes:

favorecimento de comprador ou freguês, venda de mercadoria sem indicação do tipo, especificação, peso e composição, venda de mercadorias misturadas, várias espécies de fraude de preços, exigência de comissão ou taxa de juros ilegais, soncação de insumos ou bens, indução do consumidor a erro principalmente na divulgação publicitária, destruição de matéria-prima ou mercadoria com o fim de provocar alta de preços, e venda de matéria-prima ou mercadoria imprópria ao consumo.

Os arts. 43 e 44 da Lei 8.245/91, que regula as locações de imóveis urbanos, descrevem alguns tipos de contravenções e crimes que também poderiam ser tidos como de proteção ao consumidor. De todos esses tipos vale mencionar apenas o do art. 43, III, segundo o qual é contravenção cobrar antecipadamente o aluguel (as chamadas "luvas").

A Lei 1.521/51 também relaciona vários tipos penais que podem ser classificados como de proteção ao consumidor. São, porém, em essência, os mesmos tipos hoje previstos no CDC e na Lei 8.137/90 antes comentados. Além disso, alguns diplomas esparsos prevêem crimes nas áreas de incorporação de imóveis, loteamento e sistema financeiro que também podem ser classificados como de proteção ao consumidor e que serão abordadas mais adiante.

### Relacionamento com o Fisco

Deixar de pagar os tributos devidos, não é crime. É crime, porém, entre outros:

(i) deixar de recolher o tributo devido por terceiro descontado na fonte pelo pagador do rendimento (art. 11 da Lei 4.357/64);

(ii) deixar de declarar o rendimento ou receita recebida (art. 2.º do Dec.-lei 326/67 e art. 2.º, I, da Lei 8.137/90);

(iii) registrar uma despesa com base em uma nota fiscal "fria" (art. 1.º, IV, da Lei 8.137/90);

(iv) emitir nota fiscal "fria" (art. 1.º, III e IV da Lei 8.137/90);

(v) realizar vendas sem emissão da correspondente nota fiscal (art. 1.º, VI, da Lei 8.137/90);

(vi) fraudar a fiscalização pela manipulação de documentos ou livros fiscais (art. 1.º, II, da Lei 8.137/90);

(vii) prestar informação falsa às autoridades fazendárias (art. 1.º, I, da Lei 8.137/90);

(viii) aplicar incentivo fiscal em fim diverso do previsto na legislação (Lei 7.134/83 e art. 2.º, IV, da Lei 8.137/90); e, ainda,

(ix) abrir conta bancária e movimentar recursos sob nome falso, de pessoa física ou jurídica inexistente ou de pessoa jurídica liquidada de fato ou sem representação regular (art. 64 da Lei 8.383/91).

Uma questão interessante é a da extinção da punibilidade no crime de sonegação fiscal pelo pagamento do imposto e correspondentes penalidades.

O art. 2.º da Lei 4.729/65 previa a extinção da punibilidade se o pagamento fosse feito antes de iniciado o procedimento administrativo para cobrança do débito. O art. 18 do Dec.-lei 157/67 estabeleceu que "nos casos de que trata a Lei 4.729, de 14.7.65, também extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos ...".

Foi editada, então, a Lei 8.137/90 que trata, basicamente, dos mesmos tipos penais criados pela Lei 4.729/69, com algumas adaptações. Essa nova lei, porém, não mais previu qualquer hipótese de extinção de punibilidade. Como o diploma de 1990 tratava de forma exaustiva da mesma matéria objeto da Lei de 1969, poder-se-ia imaginar que aquela teria revogado essa, com o que o pagamento dos tributos e multas não mais extinguiria a punibilidade.

Porém, talvez para dar maior certeza jurídica a essa conclusão, o legislador entendeu necessário revogar expressa-

mente o art. 2.º da Lei 4.729/69, o que foi feito através do art. 98 da Lei 8.383/91. Essa providência, contudo, pode ter surtido efeito inverso, ou seja, aumentado a incerteza. Isso porque o já referido art. 18 do Dec.-lei 157/67, que também tratava da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e multas, não foi igualmente revogado pela Lei 8.383/91.

Mesmo diante dessa fala, porém, a conclusão parece ser a de que a hipótese de extinção de punibilidade em questão não mais existe, seja porque foi implicitamente revogada pela Lei 8.137/90, seja porque a revogação do art. 2.º da Lei 4.729/69 implicou na revogação também do art. 18 do Dec.-lei 157/67. Segundo Carvalho Santos, "a revogação de uma disposição de lei importa sempre na revogação de todas as outras disposições que não são senão corolários, aplicações ou desenvolvimentos do preceito nela contido".<sup>15</sup>

Quando da conversão da Medida Provisória 335, de 27.7.93, na Lei 8.696, de 26.8.93, o Congresso Nacional fez introduzir dispositivo que previa, novamente, a extinção da punibilidade dos crimes de sonegação fiscal com o pagamento do tributo lançado antes do encerramento do procedimento administrativo. Esse dispositivo, porém, foi vetado pelo Presidente da República.

## Meio Ambiente

São muitos os diplomas e tipos penais nessa área: Lei 7.802/89 (Agrotóxicos), Lei 6.453/77 (Atividades Nucleares), Lei 5.197/67 (Caça e Pesca), Lei 4.771/65 (Contravenções Florestais), Lei 7.804/89 (Poluição), Dec.-lei 221/67, Lei 7.643/87 e Lei 7.679/88 (Pesca).

Uma peculiaridade que está presente nas Leis 4.771/65 e 5.197/67 merece ser destacada. Ambos os diplomas procuram criar uma espécie de responsabilidade penal objetiva para os arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, admi-

nistradores, diretores, promitentes compradores e proprietários das áreas em que a agressão ao meio ambiente se verificar.

Segundo os pertinentes dispositivos desses diplomas (arts. 29 e 30, respectivamente), para que as pessoas acima mencionadas sejam criminalmente responsabilizadas basta que os atos criminosos tenham sido praticados por seus prepostos ou subordinados e no seu interesse. Não seria necessário, assim, demonstrar a sua participação individual na prática do ato seja com dolo ou com culpa. É uma hipótese de responsabilidade sem culpa na esfera do direito penal.

Essa regra, por certo, contraria a tradição jurídica brasileira. Tenho dúvidas, inclusive, se não seria considerada inconstitucional, por violar o princípio de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5.º, XLV, da CF).

Note-se que não se trata de uma hipótese de crime omissivo, onde o ilícito está na quebra do dever jurídico de agir para evitar o resultado (o que é admitido pelo direito ordinário). Nesse caso, o responsável pela área poderia se defender fazendo prova de que o ato foi praticado apesar de terem sido tomados todos os cuidados razoáveis para evitá-lo, o que a letra dos dispositivos em questão não possibilita.

### **Empresas que lidam com poupança de terceiros**

Conforme já mencionado, as instituições financeiras estão sujeitas a deveres especiais além daqueles aplicáveis a todas as empresas. Os tipos penais que resultam desses deveres especiais estão previstos nas Leis 4.595/64 e 7.492/88 e são, resumidamente, os seguintes:

(i) gerir fraudulentamente instituição financeira;

(ii) apropriar-se ou desviar em proveito próprio ou alheio de dinheiro, títulos ou valores de que tem a posse;

(iii) falsar ou omitir elemento exigido em demonstrativos contábeis;

(iv) tomar empréstimos ou adiantamento junto a instituição financeira de que é controlador ou administrador; e

(v) violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira.

Os arts. 12, 13 e 14, por outro lado, prevêem alguns outros tipos relacionados com a intervenção, liquidação ou falência da instituição financeira.

Os deveres especiais a que estão sujeitas as empresas que realizam incorporações imobiliárias e loteamentos estão regulados, respectivamente, nas Leis 4.591/64 e 6.766/79. Os das empresas de previdência privada estão na Lei 6.435/77.

Rio de Janeiro, setembro/1993.

### **LEGISLAÇÃO**

1) Concorrência Desleal — art. 178 do Dec.-Lei 7.903/45 e Lei 1.521, de 26.12.51.

2) Crimes contra a Propriedade Intelectual:  
2.1) Direitos Autorais — art. 184 do Código Penal;

2.2) Patentes — arts. 169 a 174 do Dec.-Lei 7.903, de 27.8.45;

2.3) Marcas — art. 175 do Dec.-Lei 7.903/45;

2.4) Nome Comercial — art. 176 do Dec.-Lei 7.903/45;

2.5) Sinal de Propaganda — art. 177 do Dec.-Lei 7.903/45;

2.6) “Software” — Lei 7.646/87.

3) Defesa do Consumidor — Lei 1.521/51; Lei 8.078, de 11.9.90; art. 7.º da Lei 8.137/90; Lei 4.591/64 (Incorporações Imobiliárias); Dec.-Lei 73/66 (Seguros); Lei 6.766/79 (Loteamento).

4) Falência — Dec.-Lei 7.661, de 21.6.45.

5) Intervenção Estatal na Economia — art. 6.º da Lei 8.137/90; art. 4.º da Lei 8.030/90.

6) Livre Concorrência — Lei 1.521/51; Lei 4.137/62; arts. 4.º e 5.º da Lei 8.137/90.

7) Locações — arts. 43 e 44 da Lei 8.245, de 18.10.91.

8) Meio Ambiente — Lei 7.802/89 (Agrotóxicos); Lei 6.453/77 (Atividades Nucleares); Lei 5.197/67 (Caça e Pesca); Lei 4.771/65 (Contravenções Florestais); Lei 7.804/89 (Poluição); Decreto-Lei 221/67; Lei 7.643/87; e Lei 7.679/88 (Pesca).

9) Previdência Privada — Lei 6.435/77.

10) Sistema Financeiro — Lei 7.492/86; Lei 4.595/64; Lei 4.728/65.

11) Trabalhista — arts. 197 a 202 do Código Penal.

12) Tributos — art. 64 da Lei 8.383, de 30.12.91; arts. 1.º a 3.º da Lei 8.137, de 27.12.90; Lei 7.505, de 2.7.86; Lei 7.134, de 26.10.83; Lei 6.910, de 27.5.81; Dec.-lei 1.060, de 21.10.69; Dec.-lei 756, de 11.8.69; Dec.-lei 326, de 8.5.67; Dec.-lei 15, de 29.7.66; Lei 4.729, de 14.7.65; Lei 4.357, de 16.7.64.

#### NOTAS

1 a 3. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 1991, p. 55.

4. Citado por Luiz Regis Prado, *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*, Ed. RT 1992, pp. 88-89.

5. Acórdãos: RE 154.238-1/SP, unân., Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma. DJU 19.3.93, seção I, p. 4.284; e RS 6.297-C/MS,

unân. Superior Tribunal de Justiça, 3.ª Turma, DJ 1.6.92, seção I, p. 8.044.

6. Entre outros: Ag. 45.9067-4, 1.º TACivSP, 8.ª Câm., BJA/91-132498; ACV 115.947-3. TAMG, 3.ª Câm., BJA/93-137.492, E 191122019, TARS, 1.º Grupo de Câms. Cíveis, BJA/93-138720, e ACV 5560/89, TJRJ, 1.ª Câm. Cível, BJA/91-131090.

7. Celso Delmanto, ob. cit., p. 339.

8. Idem, ob. cit., p. 341.

9. United States vs. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956), citado por Benjamin M. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*, Ed. RT, 1966, p. 47

10. Celso Delmanto, ob. cit., p. 4.

11. Idem, ob. cit., p. 30.

12 e 13. Idem, ob. cit., p. 31.

14. Cf. José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, Ed. Atlas, 1991, pp. 165/166.

15. J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, Freitas Bastos, 1950, v. 1/66.