

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA: A DECISÃO ADMINISTRATIVA DO CADE COMO REQUISITO FORMAL PARA A EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

CRIME AGAINST THE ECONOMIC ORDER: THE ADMINISTRATIVE DECISION OF THE ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE AS A FORMAL REQUIREMENT FOR THE EXISTENCE OF JUST CAUSE FOR CRIMINAL ACTION

Fábio Roberto Barros Mello¹  

Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil
frb_mello@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.14884808>

Resumo: Discussão a respeito da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para definição do fato econômico para declaração da existência de infração à ordem econômica como requisito prévio à tipificação do crime contra a ordem econômica previsto no artigo 4º da Lei 8.137/90.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico e Concorrencial; cartel; processo administrativo; CADE; justa causa para a ação penal.

Abstract: Discussion regarding the competence of the Administrative Council for Economic Defense to define the economic fact for declaring the existence of an infringement of the economic order as a prerequisite for the classification of the crime against the economic order provided for in article 4 of Law 8,137/90.

Keywords: Economic and Competition Criminal Law; cartel; administrative process; CADE; just cause for criminal action.

Introdução

O crime contra a ordem econômica definido no artigo 4º da Lei 8.137/90 tem a livre concorrência e a livre iniciativa como bens jurídicos protegidos (Prado, 2010, p. 42). Tipifica-se o delito em duas condutas: (i) abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas (inciso I); e/ou (ii) formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando (a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de

fornecedores. Quanto ao resultado, o crime tem natureza material, na medida em que exige a alteração do mundo exterior (inciso II) (Prado, 2010, p. 54).

O cerne da questão relativa ao crime contra a ordem econômica está nos conceitos de abuso do poder econômico, de mercado e de concorrência, bem como das espécies de contrato ou de associação entre empresas capazes de gerar preços artificiais, controle de mercado e intervenção nas cadeias horizontais e verticais de negócios. São, pois, conceitos técnicos relacionados ao direito da concorrência, cuja acepção jurídica das palavras e das expressões muitas vezes transcende à narrativa comum e até mesmo à linguagem jurídica. Mercado, então, passa a ser

¹ Doutorando e Mestre em Direito dos Negócios pela FGV-Direito-SP, Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV-Direito-SP e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8052084363347247>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2324-4825>.

mercado relevante. O abuso que importa é do poder econômico. A dominação ilícita é aquela com capacidade de eliminar a concorrência. E o negócio ilícito entre concorrentes caracteriza-se pela intervenção nos preços, no mercado e na concorrência. A adjetivação dos comportamentos sob a perspectiva da Lei 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC) está no âmago da tipicidade.

Daí se extraem duas questões fundamentais para se discutir a caracterização dos dois tipos penais contra a ordem econômica: (i) quem tem competência para distinguir as condutas de mercado sob a perspectiva concorrencial? (ii) Em que momento está tipificado o crime material contra a ordem econômica, previsto no artigo 4º da Lei 8.137/90?

2. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as infrações da ordem econômica

A Lei 12.529/11 estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a 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 (art. 1º). Organiza-se o SBDC por meio do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) e da Secretaria de Acompanhamento de Econômico do Ministério da Fazenda (art. 3º). A LDC estabelece que o Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional (art. 4º), sendo estruturado em três órgãos internos: (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica ("Tribunal"); (ii) a Superintendência-Geral (SG); e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) (art. 5º).

A competência do Plenário do Tribunal é declaratória e punitiva. Contempla, dentre outras atribuições, (i) zelar pela observância da LDC e de seu regulamento, (ii) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei e (iii) julgar os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (art. 9º, I, II e III). O Tribunal também pode orientar o jurisdicionado, respondendo consultas sobre condutas (art. 9º, §4º). Por sua vez, compete à Superintendência-Geral acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica (art. 12, II), bem como instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (art. 12, V).

Sobre a imputação dos sujeitos das infrações à ordem econômica, o âmbito de incidência da LDC alcança tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas, sejam de direito público ou privado, mesmo que sem personalidade jurídica (art. 31). As decisões do CADE implicam responsabilidade tanto às empresas quanto aos dirigentes delas, em caráter de solidariedade (art. 32).

As infrações administrativas da ordem econômica correspondem a condutas semelhantes àquelas tipificadas como crimes da mesma espécie. Naquela fala-se em dominar mercado relevante de bens ou serviços (art. 36, II) e em exercer de forma abusiva posição dominante (art. 36, IV), enquanto nesta o crime equivale à conduta de abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas (Lei 8.137/90, art. 4º, I). Mais: a Lei 12.529/11 define o cartel a partir das condutas de acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente para interferir em preços, produção, comercialização, presença de mercado e em licitações públicas (art. 36, §3º, I); e a Lei

8.137/90 criminaliza formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando (a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, (b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, e (c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores (art. 4º, II).

Concernente à definição do fato econômico e à conformidade dele aos atributos da livre iniciativa e da livre concorrência, tanto na ordem administrativa quanto criminal, tem-se que a competência principal é do Tribunal do Cade. Primeiro, por aplicação do princípio geral de Direito de que lei especial prevalece sobre norma geral. Segundo porque a LDC é posterior à Lei 8.137/90. Terceiro porquanto ao Cade cabe decidir sobre a existência de infração à ordem econômica (art. 9º, II), que corresponde ao bem jurídico protegido também pela norma penal. E não poderia ser diferente. Não faria sentido que uma mesma conduta fosse considerada lícita na ordem administrativa concorrencial, em que os conceitos são mais específicos e a investigação sobre os efeitos econômicos da conduta é mais profunda, e, ao mesmo tempo, ser reputada ilícita na ordem criminal. Mesmo tendo em conta a autonomia e a independência das esferas administrativas e judicial, a jurisdição criminal não pode prescindir da análise do Cade sobre o poder econômico dos sujeitos, os mercados relevante e dominado e o prejuízo à concorrência.

Os procedimentos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica (art. 48) são os seguintes: (i) procedimento preparatório de inquérito administrativo; (ii) inquérito administrativo; e (iii) processo administrativo. A LDC também prevê a possibilidade de o CADE firmar Compromisso de Cessação (CC) da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que o acordo atende aos interesses protegidos pela lei (art. 85, *caput*). O CC deve ser firmado com as obrigações dos representados no sentido de não praticar condutas e de outras obrigações adequadas às finalidades da LDC (§1º, I), fixação de multa (§1º, II) e contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos (§1º, III). O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo (§9º). O Tribunal pode determinar que a execução do CC seja fiscalizada pela SG (art. 52, *caput*), a qual deverá se manifestar a respeito do cumprimento das obrigações (art. 52, §2º).

3. Crime contra a ordem econômica e justa causa para a ação penal

Os fatos econômicos correspondem ao elemento normativo do tipo previsto no artigo 4º da Lei 8.137/90. Eles compõem os substantivos de valor sob a qual a norma penal atua, qualificando a conduta e atribuindo caráter extralegal. O Direito Penal não se sobrepõe ao Direito Concorrencial, sendo dele dependente na qualificação dos conceitos econômicos.

O mercado tutelado e que corresponde ao bem jurídico protegido é o mercado relevante previsto na LDC. O abuso que vicia o domínio do mercado e que visa eliminar a concorrência refere-se, mais uma vez, ao mercado relevante. Os acordos de preço, de produção e de modo de atuação vedados são aqueles firmados entre concorrentes que atuam no mesmo mercado relevante. Mercado relevante, por sua vez, é um conceito de direito concorrencial que contempla análise econômica sobre a espécie de produto ou serviço e a base territorial de influência.

O domínio obtido por meio de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito (LDC, art. 36, §1º). Posição dominante corresponde à capacidade de alterar, sozinho ou em conjunto com outros ofertantes, as condições de mercado, quando controlar 20% do mercado relevante ou outro percentual definido pelo Cade para setores específicos da economia (LDC, art. 36, §2º). Logo, as ideias de domínio e de mercado presentes na lei penal têm sentido econômico-concorrencial e dependem da jurisdição declaratória do Cade.

Contrario sensu, se a conduta não compromete o mercado relevante; se o domínio é produto de virtudes empresariais; se não há alteração das condições de mercado; se o mercado atingido é inferior a 20%; se o fato econômico não tangencia as ideias de abuso do poder econômico, de domínio do mercado, de eliminação de concorrente e de ajuste entre ofertante sobre comportamento empresarial, não se tipifica o crime contra ordem econômica. De novo: a investigação e as provas coligidas pela SG no processo administrativo e a decisão do Plenário do Tribunal mostram-se imprescindíveis à caracterização do tipo penal.

Os princípios básicos do direito penal reforçam a dependência da Lei 8.137/90 em relação à jurisdição do Tribunal na aplicação *ex ante* da Lei 12.529/11. A legalidade, na figura que proíbe incriminações vagas e abstratas (Batista, 2011, p. 75), dá-se com a complementação dos conceitos de poder, mercado ou domínio, afastando indeterminações e ambiguidades. A intervenção mínima, consubstanciada na subsidiariedade, vem da ideia de que a norma penal é a solução extrema e que só deve ser utilizada quando os demais recursos jurídicos se mostram ineficazes (Batista, 2011, p. 84-86). A lesividade legitima o crime na violação do bem jurídico e coíbe a incriminação de atitudes internas (cogitação), de condutas que não excedam o âmbito do autor e o conluio (preparação), da existência do próprio autor (ser) ou de condutas abstratas que não ofendam o bem jurídico, devendo dirigir-se a comportamentos que produzem o resultado (fazer) (Batista, 2011, p. 89-91).

A tipicidade do cartel e a aplicação da pena dependem de diversas circunstâncias que assinalam a colusão horizontal (Brasil, 2016). Concorrentes podem firmar acordos explícitos ou tácitos (Santos, 2017, p. 112), sendo fundamental distinguir um e outro para pormenorizar as condutas que definem a tipicidade penal. A infração administrativa independe de culpa (LDC, art. 36, *caput*), enquanto que a causalidade própria do direito penal veda responsabilização objetiva (Código Penal, art. 13). O aspecto espacial mostra-se como outro elemento fundamental para se falar em crime, pois a LDC tem aplicabilidade contra cartéis cujos efeitos se produzam no País, ainda que cometidos no exterior (LDC, art. 2º) (Santos, 2017, p. 113); enquanto que a lei penal pune crime cometido no território nacional (Código Penal, art. 5º). O modo de atuação e o resultado devem determinar a intensidade da punição administrativa, por meio de critérios de avaliação específicos (LDC, art. 45) — a vantagem auferida (inciso III) e grau de lesão ou perigo à livre concorrência, à economia e aos consumidores (inciso V) —, os quais também podem tornar a dosimetria da lei penal mais precisa e proporcional à culpabilidade do agente e à lesão ao bem jurídico (Código Penal, art. 59 e seguintes).

Quando se tratar de condutas verticais, assim consideradas aquelas que afetam as relações entre fornecedores — ao invés de concorrentes diretos —, a matriz de análise econômica que define a tipicidade penal deverá considerar (i) o tamanho do mercado dominado, (ii) as condutas propriamente ditas, (iii) os efeitos produzidos no mercado, (iv) a racionalidade das operações e (v) a eficiência alcançada. O comportamento que particulariza

a infração administrativa e, por via de consequência, o crime contra a ordem econômica deve subsumir esses cinco requisitos, resultando predicado negativo à livre concorrência e à livre iniciativa (Brasil, 2024).

Então, sob a perspectiva fundamentalista da tipicidade, na qual o significado jurídico-penal do evento leva em consideração o critério axiológico valorativo-normativo, a imputação objetiva do resultado deverá levar em conta (i) a criação de perigo não permitido para o bem jurídico (conduta) e (ii) a concretização do perigo, mediante a violação do bem jurídico protegido (resultado) (Prado; Carvalho, 2002, p. 64). A jurisdição declaratória do Tribunal do Cade entra nessa equação, quando aplica método analítico próprio da matéria — transgressão per se, regra da razão, por objeto e/ou pelos efeitos — e decide sobre a infração à ordem econômica (Rosemberg; Berardo; Exposto Júnior, 2009, p. 119-127), particularizando o risco que gerou o fato econômico e destacando os atributos que constituem os elementos normativos do crime. Ao analisar movimentos comportamentais, o órgão administrativo de defesa da concorrência avalia os efeitos anticompetitivos e os atributos de risco, podendo afirmá-los, como (i) permitido, (ii) irrelevante ou (iii) não permitido, legitimando ou criminalizando a conduta. E, ato contínuo, distingue o resultado, ponderando sobre a violação do bem jurídico.

Por outro lado, o arquivamento do processo administrativo por cumprimento do CC importa a não inclusão do feito em pauta do Tribunal e, conseqüentemente, não há decisão administrativa sobre a existência de infração à ordem econômica (art. 9º, I e II), faltando a prova da materialidade do crime. A violação ao bem jurídico protegido não estará demonstrada, não se podendo falar em comprometimento da livre concorrência e da livre iniciativa.

Portanto, é a jurisdição declaratória do Cade que qualifica os conceitos normativos, distinguindo condutas simples de atos ilícitos, irrelevantes penais de delitos contra o mercado, constituindo o resultado que caracteriza o crime contra a ordem econômica. A norma penal não dispõe de todos os elementos para a formação do juízo criminal, sendo esta dependente da competência privativa da autoridade de defesa da concorrência. Dito de outra forma, enquanto não haja decisão definitiva do Cade, indicando afetação relevante do bem jurídico e qualificando o fato econômico, segundo a aceção jurídica da LDC, evidenciando os predicados que dão certeza de que houve infração à ordem econômica, faltarão condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo descrito no artigo 4º da Lei 8.137/90. No plano processual, estar-se-á diante da falta de condição da ação penal, na modalidade possibilidade jurídica do pedido, vez que o fato não reúne os atributos para ser considerado crime (Nucci, 2012, p. 761). Eis a falta da justa para a ação penal (Nucci, 2012, p. 769).

4. Conclusão

A justa causa para a ação penal está relacionada com a presença de elemento indiciário da existência de delito contra a ordem econômica. A sutileza dos conceitos, a complexidade das condutas e a tecnicidade dos efeitos concorrenciais atribuem especialidade e justificam a existência de todo o SBDC.

Daí a assertiva de que a competência para adjetivar as condutas de mercado, sob a perspectiva concorrencial, é o Plenário do Tribunal do Cade, mediante o julgamento de processo administrativo instruído pela Superintendência-Geral. A função privativa da autoridade administrativa se relaciona com a definição de elementos normativos do tipo penal: a infração à ordem econômica, segundo todas as suas características, circunstâncias e consequências ao funcionamento natural dos mercados.

Com efeito, eventual conflito de competência entre a autoridade administrativa e a judicial se resolve na solução da antinomia das legislações que distribuem as atribuições jurisdicionais. E a forma de harmonizar as atuações passa pela preservação da autoridade do Cade, cuja função precípua é zelar pela observância e pela correta aplicação da LDC. Ademais, afastar a competência do Cade para decidir sobre a existência da infração que constitui o crime poderá significar negativa indireta de vigência ou até mesmo contrariedade do inciso II do artigo 9º da Lei 12.529/11.

Assim, o crime material contra a ordem econômica previsto no artigo 4º da Lei 8.137/90 se tipifica depois do apontamento do fato econômico, da declaração de existência de infração à ordem econômica e do julgamento da conduta. Somente após o esgotamento da jurisdição administrativa é que o tipo penal estará integrado e perfeito, com a delimitação do fato econômico que compromete a livre concorrência, que interfere no mercado relevante, que representa abuso de posição dominante e/ou que significa abuso de poder. Antes disso, não se mostra adequado nem razoável instaurar a instância criminal por ausência de justa causa.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflito de interesse na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre os requisitos de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:**

o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

MELLO, Fábio Roberto Barros. Crime contra a ordem econômica: A decisão administrativa do CADE como requisito formal para a existência de justa causa para a ação penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 33, n.

390, p. 9-12, 2025. DOI: 10.5281/zenodo.14884808. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1583. Acesso em: 1 maio 2025.

Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. *Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL. *Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia V+*: Guia de Análise de Atos de Concentração Não Horizontais. Brasília:

Cade, 2024. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/Guia%20V+/Guia-V+2024.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2024.

CARVALHOSA, Modesto (Coord.); FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI. *Tratado de Direito Empresarial*. V. VII: Direito Concorrencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSEMBERG, Bárbara; BERARDO, José Carlos da Matta; EXPOSTO JÚNIOR, Marcos Antônio T. Os cartéis na legislação concorrencial brasileira: Teoria e Prática. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva Jur, 2009. p. 107-141. (Série GVLAW).

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra *per se*. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 103-130, 2017. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/348>. Acesso em: 2 nov. 2024.