

INSTITUTO LUTERANO DE ENSINO SUPERIOR DE ITUMBIARA – GOIÁS
CURSO DE DIREITO

JHESSE MACHADO FERNANDES DE OLIVEIRA

**A PRISÃO PREVENTIVA E SUA APLICABILIDADE NOS CASOS DE CRIMES
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.**

Itumbiara
2016

JHESSE MACHADO FERNANDES DE OLIVEIRA

**A PRISÃO PREVENTIVA E SUA APLICABILIDADE NOS CASOS DE CRIMES
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.**

Monografia apresentada como requisito para
graduação no curso de Direito da Universidade
Luterana do Brasil/Instituto Luterano de Ensino
Superior de Itumbiara-GO.

Orientadora: Maria das Graças Machado Amaral
Garcia.

Itumbiara
2016

ficha catalográfica

JHESSE MACHADO FERNANDES DE OLIVEIRA

**A PRISÃO PREVENTIVA E SUA APLICABILIDADE NOS CASOS DE CRIMES
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.**

Monografia apresentada como requisito para
graduação no curso de Bacharelado em Direito do
Instituto Luterano de Ensino Superior de
Itumbiara-GO.

Apresentada dia: _____/_____/_____

Professor orientador
Titulação Instituição

Professor avaliador
Titulação Instituição

Professor avaliador
Titulação Instituição

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que tão cuidadosamente planejou todos os meus dias e me trouxe até aqui, que me deu saúde e nunca me deixou desistir de nenhum dos meus sonhos.

Aos meus pais, Jobe e Sandra, que juntos sempre foram o exemplo maior de dedicação, amor, carinho, responsabilidade, que me apoiaram em todos os momentos da minha vida, que me fizeram acreditar que eu sou capaz de fazer qualquer coisa desde que me dedique de verdade e que nunca pouparam esforços para me dar todas as oportunidades que pudessem e me ensinaram, principalmente, a valorizar cada uma delas.

Ao meu amado marido, Carlos, pela compreensão e paciência durante toda a minha jornada acadêmica, pelo carinho e cuidado que tem com a minha vida e por ser um companheiro em todos os sentidos da palavra.

Aos meus amigos, Lívia e Guilherme, que desde o primeiro dia de aula tornaram esta caminhada mais fácil e feliz, agradeço por serem muito mais que amigos e por colecionar comigo as mais fantásticas lembranças.

A minha querida orientadora, Maria das Graças, por todo o suporte e paciência, por ter embarcado comigo neste desafio e não ter poupado esforços para me ajudar em cada passo.

A todos os professores que compartilharam comigo durante estes 5 anos, o seu tão valioso conhecimento, a todos e cada um, que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação, o meu muito obrigada.

Dedico à Deus, que nunca me deixou sem saber por onde ir, ainda que eu não entendesse bem os Seus caminhos, à Ele que me dá todos os dias uma nova oportunidade de questionar a realidade, que me enche da certeza de que não estou aqui por acaso e de que é minha responsabilidade melhorar tudo o que estiver ao meu alcance.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar o instituto da prisão preventiva e seus requisitos autorizadores nos crimes cometidos contra a ordem econômica. A ordem econômica de um país é um setor sensível a mudanças por isso o legislador desenvolveu meios de garantir sua proteção. Os princípios constitucionais que regem o sistema econômico da nação desempenham importante papel na busca do equilíbrio econômico financeiro. O empresário, as sociedades empresárias e os grupos econômicos interferem diretamente na economia, promovendo o desenvolvimento nacional ou gerando situações de desigualdades na concorrência. Neste sentido o Conselho Administrativo de Defesa é órgão essencial na fiscalização e punição das infrações administrativas contra a ordem econômica. Ressalta-se que o tema principal deste trabalho é o estudo da prisão preventiva nos crimes econômicos, tal medida é justificada pelo impacto produzido por esses delitos, uma vez que, estes podem causar a falência de pequenas empresas, desemprego, instabilidade econômica, fraude aos credores e prejuízos para os cofres públicos. A garantia da ordem econômica como requisito autorizador do decreto cautelar restritivo surgiu com a Lei nº 8.884/94. Assim, o objetivo geral deste trabalho consiste em analisar a possibilidade de se aplicar a prisão preventiva a pessoas jurídicas quando estas cometem condutas ilícitas com o desiderato de alavancar lucros e que resultam em prejuízos aos interesses da coletividade. A pesquisa bibliográfica realizada, possui como referência as publicações sobre o tema, disponíveis em artigos, monografias, doutrinas e jurisprudências. Utilizou-se o método dedutivo para a pesquisa. Desta forma, o presente trabalho permite concluir que a responsabilização penal do sócio, dos gerentes e dos administradores é possível quando demonstrada a conduta individualizada de cada um, tornando-se viável a aplicação da penalidade da prisão preventiva visto que se estará imputando a responsabilidade penal efetivamente a quem age na tomada de decisões.

Palavras Chave: Ordem econômica. Prisão preventiva. Garantia. Proteção. Agentes econômicos

ABSTRACT

The present study has as objective to analyze the institute of the preventive prison and its authorizing requirements in the crimes committed against the economic order. The economic order of a country is a sector sensitive to change so the legislator has developed ways to ensure its protection. The constitutional principles governing the nation's economic system play an important role in the pursuit of economic and financial equilibrium. Entrepreneurs, business societies and economic groups directly interfere in the economy, promoting national development or generating situations of inequality in competition. In this sense, the Administrative Council of Defense is an essential organ in the inspection and punishment of administrative infractions against the economic order. The main theme of this study is the study of pre-trial detention in economic crimes. This measure is justified by the impact of these crimes, since they can cause small business bankruptcy, unemployment, economic instability, Creditors and losses to the public coffers. The guarantee of the economic order as an authorizing requirement of the restrictive injunction arose under Law 8,884 / 94. Thus, the general objective of this work is to analyze the possibility of applying preventive detention to legal entities when they commit unlawful conduct with the aim of leveraging profits and that result in damages to the interests of the collectivity. The bibliographical research carried out has as reference the publications on the subject, available in articles, monographs, doctrines and jurisprudence. The deductive method was used for the research. In this way, the present work allows to conclude that the criminal responsibility of the partner, the managers and the administrators is possible when it is demonstrated the individualized conduct of each one, making possible the application of the penalty of the preventive detention since it will be imputed criminal responsibility Effectively to those who act in decision-making.

Keywords: Economic order. Pre-trial detention. Warranty. Protection. Economic agents

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	10
2.	O TRATAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	12
2.1	O sistema capitalista e o modelo econômico no Brasil.....	12
2.1.1	Ordem econômica.....	13
2.2	Os princípios centrais em relação à ordem econômica no sistema constitucional brasileiro.....	15
3	ATIVIDADE EMPRESARIAL E OS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA SOB O PRISMA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	31
3.1	Teoria da empresa e conceitos importantes.....	35
3.2	O CADE e o procedimento administrativo na apuração das infrações à ordem econômica.....	35
3.3	O direito penal econômico	37
3.4	Os crimes contra a ordem econômica.....	39
4.	A PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL.....	46
4.1	A prisão preventiva e seus pressupostos.....	46
4.1.2	A garantia da ordem econômica como requisito autorizador da decretação da prisão preventiva.....	52
4.2	A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de crimes contra a ordem econômica.....	54
4.2.1	A pessoa jurídica.....	54
4.2.2	Desconsideração da pessoa jurídica.....	55
4.2.3	Desconsideração inversa da personalidade jurídica.....	57
4.3	A imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica, sócio, gerente, administradores e os seus pressupostos constitucionais.....	59
5	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS.....	64

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vive hoje, e é de conhecimento da sociedade, situação em que agentes econômicos atentam contra a economia do país de forma predatória e ilícita, gerando danos aos interesses sociais. Esta situação tem sido denunciada pelos diversos canais de comunicação. Assim, o presente trabalho traz como tema de estudo “a prisão preventiva e sua aplicabilidade nos casos de crimes contra a ordem econômica”. Tem como questionamento a seguinte questão: Os agentes econômicos que tentam interferir nas regras de mercado e desta forma, alterando a sua dinâmica para uma maximização de lucros, desconsiderando a legislação brasileira, podem sofrer algum tipo de sanção e, especificamente, ser punido com prisão preventiva?

Parte-se da hipótese de que as pessoas jurídicas e seus sócios que cometem alguma conduta ilícita, afetando a Ordem Econômica, podem sofrer sanções administrativas, bem como, se sujeitarem a sanção penal, sendo submetidas inclusive a prisão preventiva quando preenchidos os requisitos autorizadores de sua decretação.

É imprescindível abordar tais temas, pois os crimes cometidos contra a ordem econômica afetam toda a população do país, já que o sistema econômico de uma Nação é um setor sensível às oscilações do mercado e, desta forma, garantir que a ordem econômica esteja protegida contra eventuais ataques ao seu equilíbrio é extremamente necessário.

Os ilícitos penais econômicos afetam os interesses da comunidade quando atentam contra as políticas públicas do país, uma vez que causam desvio de dinheiro, provocam a falência de diversas empresas, estabelecem uma política única de preços, prejudicam o processo licitatório da administração pública, promovem a corrupção passiva dentro do sistema político econômico e financeiro, dentre outros.

Normalmente, estes crimes, têm sido objeto de investigações e, no Brasil, tais delitos têm sido parte da realidade, constatado a partir da observação dos noticiários que abordam tal temática, expondo diversas empresas que possuem condutas atentatórias aos interesses da nação.

Assim, tem-se como objetivo geral analisar a possibilidade de se aplicar a prisão preventiva a pessoas jurídicas quando estas cometem condutas ilícitas que visam causar prejuízos aos interesses da coletividade nos casos de crimes contra a ordem econômica, já que a garantia dos direitos depende de uma boa gestão da ordem econômica. Para a realização deste objetivo pautou-se nos seguintes objetivos específicos: estabelecer uma relação do sistema capitalista com a ordem econômica do Estado Brasileiro, observando-se

os princípios na defesa dos direitos da coletividade; analisar os tipos penais que estão relacionados com os crimes contra a ordem econômica e como a legislação específica define a conduta ilícita contra esta mesma ordem; estudar, no âmbito do direito penal, se é possível a aplicação da prisão preventiva à pessoa jurídica nos casos de crime contra a ordem econômica.

Para o estudo destas questões utilizou-se como referencial teórico a Constituição Federal de 1988 e a Lei 12.529/11, uma vez que ela traz a estrutura do direito de concorrência, além de situações que preveem e reprovam as condutas que lesam a ordem econômica. Também os autores Roberto Delmanto Junior e Júlio Fabbrini Mirabete que discorrem acerca da prisão preventiva e Fábio Ulhoa Coelho que trata da conceituação dos aspectos empresariais e da teoria da empresa.

Em relação à metodologia utilizou-se o método dedutivo (utilizando-se do raciocínio lógico para obter uma conclusão a partir de certas premissas, de forma que se parte do geral em direção ao particular), pesquisa bibliográfica em virtude da literatura disponível, com acesso a fontes primárias como a Carta Magna brasileira, a Lei, a jurisprudência e secundárias, como acesso a livros, periódicos e artigos.

O presente trabalho é estruturado em três capítulos, que abordam a possibilidade de decretação da prisão preventiva nos crimes contra a ordem econômica. Dentro deste contexto, o primeiro capítulo aborda o sistema econômico brasileiro e os princípios constitucionais que orientam a ordem econômica.

Posteriormente, o tema analisado no segundo capítulo é a relação entre a atividade empresarial e os crimes econômicos, procurando definir alguns conceitos básicos como empresários, empresa e teoria da empresa. Neste sentido abordou-se o Direito Penal Econômico, seu histórico e sua aplicação, além de elencar alguns dos crimes contra a ordem econômica mais relevante previstos na Lei 12.529/11. Derradeiramente, analisou-se o papel do CADE nas investigações das infrações administrativas e penais ao sistema econômico do país.

Por fim, o terceiro capítulo faz um estudo sobre a possibilidade de se aplicar a prisão preventiva aos sujeitos que atentam contra a ordem econômica, verificando se na ausência da lei infraconstitucional, há quem se pode aplicar a responsabilidade penal e a medida cautelar restritiva.

2. O TRATAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1 O sistema capitalista e o modelo econômico no Brasil

A ordem econômica tem a sua importância no existir, pois ela está associada ao modelo de produção adotado. No Brasil, ela se relaciona ao sistema capitalista cujo objetivo precípua é a maximização dos lucros.

A *priori* deve-se esclarecer que a origem do Capitalismo remonta ao fim da Idade Média na Europa, consequência do surgimento urbano e comercial. A evolução histórica pode ser definida em três fases distintas. A primeira fase, chamada de Capitalismo Comercial ou Pré-Capitalismo, que ocorreu durante os séculos XVI e XVIII, tendo se estabelecido com as Grandes Navegações e Expansões Marítimas Europeias.

Com o início da Revolução industrial inaugura-se a segunda fase chamada de Capitalismo Industrial; com o objetivo de acumular riquezas provindas do comércio de produtos industrializados das fábricas europeias. Já no Século XX, inicia-se a terceira fase - denominada Capitalismo Monopolista-Financeira que perdura até os dias de hoje.

O Capitalismo Comercial alavancou-se graças ao início da formação do sistema capitalista e a consequente expansão do comércio internacional no contexto da Europa. Essa fase ficou marcada pela expansão marítima comercial e também colonial, com a formação de colônias europeias em várias partes do mundo, com destaque para as Américas e também para o continente africano.(...) A segunda fase do capitalismo é chamada de Capitalismo Industrial por ter sido um efeito direto da emergência, expansão e centralidade exercida pelas fábricas graças ao processo de Revolução Industrial iniciado em meados do século XVIII na Inglaterra.(...) A atual fase do capitalismo, marcada pelo protagonismo exercido pela especulação financeira e pela bolsa de valores, que passou a ser uma espécie de “termômetro” sobre a economia de um país. Basicamente, essa fase do capitalismo estrutura-se com a formação do mercado de ações e a sua especulação em termos de valores, taxas, juros e outros¹.

Dado o contexto histórico em que se desenvolveu o sistema capitalista é importante conceituar o termo capitalismo, André Ramos Tavares² define o capitalismo como:

¹PENA, Rodolfo F. Alves. **Fases do capitalismo**; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/fases-do-capitalismo>>

² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. P. 450

[...] o sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na propriedade privada dos bens em geral, especialmente dos de produção, na liberdade ampla, principalmente de iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão-de-obra.

É importante observar que a Constituição Federal de 1988 consagrou a propriedade privada e a livre iniciativa ou concorrência como princípios da ordem econômica, o que ressalta o caráter capitalista do sistema econômico adotado pelo Brasil. Em contrapartida, buscando proteger o sistema econômico brasileiro apenas dos interesses particulares, introduziu-se a busca do pleno emprego, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a ordem econômica, entre outros, que vislumbram a proteção do espaço produtivo, do desenvolvimento, de produção de bens e serviços e riquezas socialmente produzidas, inclusive, prevendo a intervenção do Estado quando for preciso.

2.1.1 Ordem econômica

Ordem econômica pode ser conceituada como um aglomerado de regras que visam estruturar o modelo econômico dentro de uma sociedade. Acerca do tema o doutrinador Vital Moreira³ ensina:

[...] em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, uma relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; em um segundo sentido, “ordem econômica” é a expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

Assim, é possível perceber que a ordem econômica pode ser observada de diversas facetas, mas sendo, em sua essência, a reunião das normas reguladoras do sistema econômico vigente. Acerca do tema, ensina Alexandre de Moraes⁴ o seguinte:

³ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo. Centelha**: Coimbra, 1973. p. 67-71 apud. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55-56.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007 p.54.

A ordem econômica constitucional (CF, art. 170 a 181), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170.

Esta ideia de ordem econômica proporciona o equilíbrio entre o modelo de produção dotado que visa o lucro e a proteção do trabalho. Afinal, o sistema capitalista precisa do trabalho para a produção de mais valia, mas não pode deixar de proteger esta pessoa do trabalho, sob pena de afrontar a Constituição Social e o Estado Democrático Brasileiro.

O Brasil preocupa-se com o bem-estar de seus cidadãos e esta postura está impressa na Constituição Federal, através das diversas matérias que exigem dos gestores a implantação e implementação de políticas sociais públicas que atendam aos fundamentos constitucionais. Dentre estas políticas está a Política Econômica voltada para proteção do mercado de trabalho, espaço em que interesses diversos precisam de controle para evitar uma exploração e confronto sem precedentes.

A preocupação com a ordem econômica foi notoriamente abordada na Constituição mexicana de 1917 sendo esta constituição considerada um marco das constituições sócio intervencionistas, pois foi pioneira em disciplinar organizadamente o tema ordem econômica em seu corpo constitucional⁵.

A constituição garantia acesso à educação, laica, gratuita, democrática e baseada nos resultados do progresso científico. Considerava a democracia não somente uma estrutura jurídica e um regime político, mas também um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural do povo (art. 3º).

Tal Constituição preconizava a intervenção estatal bastante abrangente foi aqui que o caráter absoluto da propriedade privada, foi limitado pela primeira vez, devendo seu uso buscar também o interesse coletivo e não só o particular.

Já em 1919, a ordem econômica alcança status de norma materialmente constitucional com a Constituição alemã. O impacto da Primeira Guerra Mundial, e a conseqüente situação de miséria em que se encontrava levou a Alemanha a disciplinar o regime econômico como texto constitucional, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos.

⁵ FIORIM, Bruna **Os direitos humanos em condições de modernidade radicalizada e globalização econômica**. São Paulo. p.19 2006. Dissertação (mestrado em ciências sociais) Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

No Brasil, a Constituição de 1934 sofreu grande influência da Constituição Alemã de 1919. A Carta Magna de 1934 preocupava-se em propiciar a todos uma existência digna e usa da ordem econômica para atingir tal objetivo. Acerca do tema Marco Aurélio⁶ ensina:

A República de Weimar inaugurou uma fase inédita de estruturação constitucional do Estado alemão, com papel mais ativo no desenvolvimento social, na construção de uma sociedade com justiça social pela efetivação dos Direitos Sociais formalizados na Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919 – o Sozialstaat ou Estado Social de Direito. A ordem econômica e social criada pela nascente República alemã serviu de modelo para alguns Estados no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial. No Brasil, por exemplo, intenso foi o debate sobre as conquistas sociais e constitucionais de Weimar, tendo a Carta Magna de 1934 sofrido forte influência do recém-criado modelo social alemão [...] Esta Constituição brasileira praticamente assimilou os idealizados avanços da nova ordem social alemã, mas apenas em seu aspecto jurídico-formal. Padeceu, contudo, por não contextualizar muitos dos seus ideais à realidade material brasileira.

Assim, é importante observar que a Constituição de 1934, sob influência da Constituição Alemã, legislava sobre ordem econômica em conjunto com a ordem social. Percebe-se que a ordem econômica tem uma particular importância para o modelo de desenvolvimento nacional, pois refletem as ações financeiras, os investimentos, o mercado com suas variações, as atividades empresárias com suas diferentes estratégias dentre outros e é esta ordem que financia os direitos sociais incorporados na Constituição Federal.

Tudo isso, pode interferir na própria economia concretamente e, a depender, possibilitar um avanço nas relações de mercado ou um retrocesso, atingindo a econômica e os cidadãos diretamente. Se é assim, necessário se faz um controle sobre as atividades que interferem na ordem econômica e é isto que o Constituinte Originário fez ao trazer a matéria disciplinada no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988. Para este controle, coube nos princípios expor a face reguladora e normativa da proteção da ordem econômica e dos direitos fundamentais.

2.2. Os princípios centrais em relação a ordem econômica no sistema constitucional brasileiro

O termo princípio é utilizado para definir um critério que serve de base ou inspiração para criação de normas e leis no Direito. Deve-se observar ainda que os princípios

⁶ GUEDES, Marco Aurélio. **Estado e ordem econômica e social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 2

são considerados um dos elementos mais importantes da ordem jurídica, uma vez que estes têm como objetivo exprimir valores majoritariamente presentes na vida em comunidade.

A teoria constitucional atual preconiza que a principal característica dos princípios é a sua normatividade; assim, os princípios são considerados uma espécie de norma jurídica. Nas palavras de Mônia Hennig⁷

[...] pode-se dizer que os princípios não são, pois, tidos como algo que se sobrepõe à lei, nem como algo anterior a ela, mas sim algo dela decorrente. A sua função jurídica é, conseqüentemente, subsidiária e o seu caráter, basicamente descritivo.

Diante dos argumentos apresentados é possível concluir que os princípios são usados para nortear e embasar a atividade legiferante, uma vez que estes são representações dos costumes, cultura e valores existentes em determinada sociedade. E não seria menos importante em relação ao setor da economia, cujos princípios delinearão a atuação do Estado com relação à ordem econômica. Esta, fundada em uma base principiológica que rege todas suas interações, inserida estrategicamente na Constituição de 1988, que aborda em seu artigo 170⁸, os diversos princípios norteadores da sua atuação.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Todos estes princípios alicerçam os direitos fundamentais da valorização do trabalho, da livre iniciativa, a dignidade e a justiça social. Sabe-se que o sistema capitalista necessita de mão-de-obra para produção, apesar de toda tecnologia disponível, já que o

⁷ LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003, p. 72.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2015.

trabalho humano é o único que cria e transforma, pois, a capacidade criativa é própria da natureza humana. Como o Estado brasileiro é democrático, ele não poderia deixar, por óbvio, esta mão-de-obra humana ser absorvida pelo capital para a finalidade precípua do lucro sem respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana. A sua utilização é possível, desde que obedeça a determinados limites e reconheça a sua importância para o sistema capitalista. Com isso, o trabalho teve sua valorização reconhecida e foi colocado como direito fundamental, já que a valorizar o trabalho significa assegurar dignidade ao homem. Segundo Maurício Goldinho Delgado⁹ as relações de trabalho podem ser definidas como:

Por relação de trabalho pode-se dizer qualquer liame jurídico que tenha por objeto a prestação de serviço a um determinado destinatário. A categoria é ampla e abrange inúmeras espécies, tais como a empreitada, o locador de serviço, o artífice, o trabalho prestado por profissional liberal, o trabalhador avulso, o serviço eventual e autônomo, o temporário, o representante comercial, o funcionário público e, também o trabalho do empregado subordinado, dentre outros. A relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho e corresponde a prestação de serviço subordinado por uma determinada pessoa física.

Desta forma, a busca pela valorização da mão-de-obra, do trabalho e da dignidade da pessoa humana não tem caráter segregador e sim, caráter de inclusão, pois visa proteger qualquer classe de trabalhador sem realizar quaisquer julgamentos baseados em quesitos subjetivos.

É importante ressaltar que a existência digna está relacionada como as condições materiais da existência da pessoa, pressupõe que se pode usufruir de moradia, educação, saúde, alimentação, lazer, trabalho e de outros fatores que asseguram dignidade da pessoa humana. Ícone da Constituição Federal e fundamento de toda a sociedade e do Estado, a dignidade¹⁰ pode ser definida como,

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr,2008. p.123.

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001, p. 50.

Assim, o atributo da dignidade é inerente ao homem. Todo ser humano possui dignidade o que o torna sujeito detentor de uma gama de direitos. A dignidade é um valor universal indiferente às características pessoais como, classe econômica, religião ou culturais.

A justiça social é um outro valor que já foi tratado pelo Constituinte. Compreende uma condição na qual uma Nação possa assegurar interesses, direitos e meios de assegurá-los. Justiça Social é: “a distribuição justa dos bens econômicos, da organização do trabalho e dos salários dos trabalhadores, os obreiros”¹¹. A definição da Justiça Social está diretamente ligada à ideia de Justiça. Segundo Bittar¹² a justiça: “só se realiza se pensada como igualdade (aspecto material da justiça). Ela acontece, ela opera, ela se dá nas relações, ou seja, ela está presente nas relações humanas e corporifica-se como igualdade”.

Desta forma a Justiça Social deve ser analisada dentro de um conceito social derivado das relações humanas da vida em sociedade, que visa atingir um fim social. Tendo como objetivo a proteção social nas relações de trabalho.

Feitas essas considerações, faz-se importante comentar os princípios que compõem a proteção da ordem econômica.

A Soberania Nacional, além de estar disciplinada entre os princípios em que se baseia a ordem econômica é encontrada, também, no artigo 1º, inciso I¹³, da Carta Magna como princípio fundamental da República. Soberania pode ser definida como um instituto supremo que não pode ser restringido por qualquer outro e está fortemente ligado ao conceito de Estado, pois esse, para que seja perfeito, precisa ser soberano.

Em sua obra Miguel Reale¹⁴ ensina “soberania caracteriza-se como uma espécie de fenômeno genérico do poder. Uma forma histórica do poder que apresenta configurações especialíssimas que se não encontram senão em esboços nos corpos políticos antigos e medievos”.

Significa dizer que na sua forma de conduzir com outras Nações e na sua forma de resolver questões internas, há que se orientar por suas normas jurídicas e poder de suas estruturas, ainda mais quando estas são pautadas na democracia.

Neste sentido, soberania nacional como princípio da ordem econômica aborda a soberania econômica do Estado brasileiro, sendo em sua essência o poder do Estado, para interferir, coordenar, gerir, dispor e administrar a ordem econômica, nos momentos e

¹¹ GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de La justicia**. 1986, p. 7

¹² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito** 4. ed. São Paulo: Atlas 2005 p. 451.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2015.

¹⁴ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins, 1960. p.98.

aspectos em que for de seu interesse ou da coletividade sempre em busca do interesse público. Para Eros Roberto Grau¹⁵ “a afirmação da soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas”.

Desta forma, é evidente que o princípio da soberania deve ser analisado não só sob a ótica da política econômica interna brasileira, mas também em relação à política externa, bem como quanto aos organismos econômicos internacionais, uma vez que suas decisões somente terão influências na política econômica interna caso estas venham ser a validadas pela ordem jurídica.

Um elemento representativo do capitalismo é a propriedade privada, representa o poder econômico; a expressão de riqueza e instrumento especulativo para investimentos. Em relação ao princípio da propriedade privada, esse também encontra proteção constitucional em outro artigo do texto constitucional. O artigo 5¹⁶, em seu inciso XXII, garante o direito à propriedade privada como garantia fundamental a cada cidadão. Segundo Gregg¹⁷ a propriedade privada é

A propriedade privada da propriedade é o meio normativo pelo qual o princípio do uso comum é realizado. Primeiramente, a propriedade privada é essencial para o desenvolvimento da autoconfiança. Segundo, a propriedade privada nos ajuda a expressar e desenvolver nossa personalidade. Quando possuímos coisas, escolhemos como usá-las para expressar nosso interesse pelos outros, seja ao dar presentes ou ao investir em indústrias produtivas e geradoras de emprego. Terceiro, a posse privada ou a perspectiva de posse privada cria incentivos para as pessoas contribuírem de forma mais ampla para a sociedade ao seu redor. Ela encoraja as pessoas a trabalhar, a serem empreendedoras, a criar riquezas para si mesmas e para os outros. Por fim, a propriedade privada permite as pessoas a expressar diretamente as genuínas responsabilidades por si mesmos e pelos outros.

Em termos materiais propriedade é o próprio bem sobre o qual o indivíduo exerce a titularidade. Em termos de Direito Civil titular do bem é aquele que dispõe de certos direitos, tais como: usar, gozar, dispor e reaver o bem. Por outro lado, é importante observar que o conceito de propriedade privada não é absoluto, visto que este é limitado pela função social da propriedade que deve sempre ser respeitada. Como esclarece Fabiano Del Masso¹⁸

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2015

¹⁷GREGG. Samuel. **A propriedade privada e o bem público**. Disponível em: <<http://www.cieep.org.br/home.php?page=artigossemana&codigo=507>>.

¹⁸ MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p 427.

O direito à propriedade absoluta correspondia a um dos ditames basilares do Estado liberal. Atualmente, não se fala mais em nenhuma hipótese em direito absoluto de propriedade, mas sim em direito à propriedade sob certas limitações legais para que venha a cumprir a sua função social.

Isto significa que a propriedade não pode servir somente a interesses pessoais, mas deve ser destinada a proporcionar qualidade de vida, empregabilidade gerar renda e não um fim em si mesma.

A função social da propriedade, prevista no inciso III do artigo 170, é um princípio que tem como objetivo guiar a forma que a propriedade privada é tratada. Tal princípio surgiu dado que muitas vezes os interesses particulares se sobrepõem ao bem coletivo, funcionando como uma limitação ao princípio da propriedade privada e o princípio da função social legitima a intervenção do Estado sobre a propriedade privada, caso essa não venha a cumprir sua função social. Com relação ao tema Leon Duguit¹⁹ ensina que:

A propriedade implica para todo detentor de uma riqueza, a obrigação de empregá-la em acrescer a riqueza social, e, mercê dela, a interdependência social. Só ele pode cumprir certo dever social. Só ele pode aumentar a riqueza geral, fazendo valer a que ele detém. Se faz, pois, socialmente obrigado a cumprir aquele dever, a realizar a tarefa que a ele incumbe em relação aos bens que detenha, e não pode ser socialmente protegido se não a cumpre, e só na medida em que a cumpre.

Significa dizer que todos que possuam uma propriedade privada devem procurar atender seu fim social, a propriedade deve buscar gerar renda, qualidade de vida, empregos, dentre outros. O proprietário não deve apenas pensar em interesses particulares. De forma bastante esclarecedora André Ramos Tavares²⁰ explica:

A circunstância de a propriedade apresentar, simultaneamente, caráter dúplice, servindo ao individualismo e às necessidades sociais, impõe, pois, a necessidade de uma compatibilização de conteúdos dos diversos mandamentos constitucionais. Como direito individual, o instituto da propriedade, como categoria genérica, é garantido, e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade de que haja o atendimento de sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social.

Desta forma, fica claro o caráter ambivalente deste princípio, que garante a propriedade privada em conjunto com bem coletivo. Assim, o Constituinte garante ao

¹⁹ DUGUIT, Leon. Apud TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 663-664.

²⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7; ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 667

particular o direito da propriedade privada, elemento básico do capitalismo, mas o condiciona a busca do interesse social.

O princípio da livre concorrência ou livre iniciativa assegurado pela Carta Magna de 1988 é a base principal que se estrutura todo sistema da economia nacional. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos²¹

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. [...]. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.

É possível entender que só existe livre concorrência em um sistema econômico que proporciona a livre iniciativa a seus investidores, pois ela é a situação de fato que permite a todos os produtores a concorrem em condições de igualdade no mercado econômico. E ainda, segundo André Ramos Tavares²² “Livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em seguimento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”. Novamente a ideia de condições igualitárias para concorrência leal é defendida pela livre concorrência.

O princípio constitucional da livre concorrência assegura aos empresários (grande, pequeno ou médio porte) o direito da livre concorrência; desta forma, a competição entre eles não deverá sofrer intervenções do Estado sem que haja justo motivo para tal ato. O que significa dizer que o Estado está impedido de proibir ou discriminar, injustamente, determinada atividade econômica, sem estar devidamente motivado e fundamentado. Neste sentido defende Bruno Cardoso Bandeira de Mello²³:

Nem sempre a intervenção estatal na economia é salutar. Abusos à liberdade tendem a prejudicar os particulares exploradores da atividade econômica e, conseqüentemente à sociedade. Entretanto, para a garantia de um estado social de Direito, que seja forte o suficiente para assegurar o bem comum e a segurança jurídica da comunidade, a ingerência estatal faz-se por vezes fundamental.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002 p.436.

²² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. P. 259

²³ MELLO, Bruno Cardoso Bandeira de. **O papel da redução do IPI no combate aos efeitos da crise econômica mundial no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8640>.

Isto implica em dizer que quando o Estado abusa de seu poder para interferir na economia, sem real necessidade, esta interferência pode trazer aos particulares severos prejuízos. No entanto, quando a intervenção é usada de forma moderada pode se tornar uma grande aliada dos investidores do mercado econômico. Por outro lado, este importante princípio econômico também induz o Estado para promover incentivos aos que atuam na atividade econômica e, em contrapartida, estes devem cumprir suas obrigações legais, sejam elas, fiscais, administrativas, tributárias ou trabalhistas. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ explica que o Estado pode interferir na economia de três formas:

Em tese, três são as formas pelas quais o Estado pode interferir com a atividade econômica: a) “disciplinando-a”, vale dizer, impondo-lhe limitações a fim de compatibilizá-la com os interesses coletivos (poder de polícia); b) “fomentando-a”, isto é, propiciando-lhe estímulos e condições de desenvolvimento, mediante implantação de infra-estrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos etc.; c) “assumindo-a”, ou seja, protagonizando-a como “sujeito ativo”, como titular dela, ou seja, o agente que a explora.

O Estado, quando disciplina a atividade econômica, busca criar limites para que esta também atenda ao interesse público, como por exemplo, a criação dos princípios da ordem econômica. No seu papel fomentador o Estado procura, por meio de sua atividade legislativa, criar incentivos aos investidores. Por fim, o Estado pode intervir na economia como aquele que a explora diretamente, no entanto este modelo não é adotado pelo Brasil.

É importante ressaltar, que o ordenamento jurídico brasileiro coíbe quaisquer práticas que visem fraudar a livre concorrência, como pode ser observado no disposto no artigo 173, § 4º da Constituição Federal²⁵, que afirma: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A fim de evitar esses abusos foi promulgada a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, que criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), órgão com objetivo de combater abusos econômicos.

Previsto no artigo 170, inciso V, o princípio da defesa do consumidor tem como objetivo proteger a parte vulnerável nas relações de consumo, pois ele não tem acesso aos meios de produção, tampouco tem condições de conhecer seu funcionamento técnico. Desta forma, a relação de consumo estaria desequilibrada, tendo em vista que a vulnerabilidade pressupõe desigualdade entre as partes.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de **O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 6 | p. 271 - 285 | Mai / 2011 DTR\2012\1153

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2015

Necessário esclarecer os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência. Vulnerabilidade é uma característica de todo consumidor, podendo ela ser técnica, jurídica, econômica ou social Alvin²⁶:

A vulnerabilidade do consumidor é incindível no contexto das relações de consumo e independentemente do seu grau de cultura ou econômico, não admitindo prova ao contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica quer se trate de consumidor pessoa física ou consumidor pessoa jurídica.

Desta forma a vulnerabilidade estará sempre presente nas relações de consumo, de outro lado, a hipossuficiência é processual, portanto deve ser comprovada no curso do processo perante o magistrado o Professor Flavio Tartuce²⁷:

O conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento.

Para atingir este objetivo (proteção do consumidor) é necessária a atuação do Estado, editando leis, atos e sentenças, bem como a participação daqueles que atuam na atividade econômica, que devem sempre observar princípios e normas determinadas pelo Estado. A doutrinadora Ana Paula Martinez²⁸ ensina que:

Protegendo o consumidor, a norma concorrencial visa a estabelecer o equilíbrio das relações no mercado, buscando a equidade e a boa condução dessas relações. O direito concorrencial também tem interesse em buscar a satisfação do consumidor. Tudo quanto produzido só faz sentido porque será consumido pelo consumidor, sendo a satisfação dessas necessidades um incentivo à produção.

Portanto, este princípio não busca apenas a proteção do consumidor, mas também a livre concorrência e o incentivo à produção, uma vez que o consumidor satisfeito estará disposto a gastar maiores quantias com os produtos disponíveis no mercado o que fortalece a

²⁶ ALVIN, Arruda. Código do Consumidor Comentado. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

²⁷TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

²⁸MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, n. 52, p. 7-36, out.-dez. 2004.

economia, incentiva a produção e impulsiona a livre concorrência. Fabio Konder Comparato²⁹ elucida qual figura do consumidor a Constituição Brasileira visa proteger:

Importa, ademais, notar que o objeto dessa proteção não é o consumidor, como figura geral e abstrata, e sim diferentes consumidores, considerados em situações concretas e determinadas, e inspirando diferentes graus de proteção. Há, com efeito, atos de consumo desestimulados, contra os quais o consumidor pode e deve ser protegido.

Isto significa dizer que cada caso deve ser analisado isoladamente para que a proteção ao consumidor seja aplicada de forma correta, sem causar situações de desigualdade.

Em busca da defesa do consumidor, em 1990, um importante passo foi dado com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor³⁰, com o objetivo principal de atingir o equilíbrio entre as partes das relações de consumo. Assim, perante a fragilidade do consumidor este é um importante princípio na busca da construção de uma sociedade justa e igualitária.

Atualmente, muito se tem discutido acerca da relação do homem com a natureza. Os avanços tecnológicos e a revolução industrial promoveram profundas mudanças no meio ambiente. O grande exemplo a ser citado é o aquecimento global oriundo das interferências humanas no meio ambiente. Conforme se vê na reportagem da Revista Istoé³¹:

Um aquecimento global acima de 1,5 graus Celsius seria capaz de alterar os ecossistemas da região mediterrânea de uma maneira sem precedentes nos últimos 10.000 anos – o tempo de existência da civilização humana –, remodelando florestas e transformando partes da Europa em deserto, alertaram pesquisadores nesta quinta-feira. Dado que o Mediterrâneo é um ponto essencial para a biodiversidade mundial, com ao menos 1.500 espécies endêmicas, e que proporciona alimentos, água potável, proteção contra inundações e, inclusive, armazenamento de dióxido de carbono (CO₂), um novo aumento de mercúrio teria efeitos drásticos, advertem os especialistas. E a região está aquecendo rapidamente: suas temperaturas já estão 1,3 grau Celsius acima da média do período de 1880 a 1920, segundo o estudo publicado na revista científica americana Science. O resto do mundo está cerca de 0,85° C mais quente do que na era pré-industrial, [...]. Os pesquisadores simularam diferentes cenários futuros em função do aumento da temperatura, analisaram o impacto na vegetação e o compararam com as mudanças climáticas dos últimos 100 séculos. Eles projetaram vastas mudanças na paisagem até o final do século sob um cenário em que o uso de combustíveis fósseis e o aquecimento associado se mantêm constantes. “Todo o sul da Espanha se transformaria em deserto”, e o sudeste da

²⁹ **COMPARATO, Fábio Konder** A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor | vol. 2 | p. 66 - 75 | Abr / 2011 DTR\2012\484

³⁰ **BRASIL. Código de defesa e proteção do Consumidor** (1990). Código de proteção e defesa do Consumidor. In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo. **Vade Mecum Compacto SARAIVA**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³¹ **REVISTA ISTOÉ Aquecimento global ameaça Mediterrâneo com mudanças sem precedentes. EDIÇÃO N° 2447 28.10** Disponível em <<http://istoe.com.br/aquecimento-global-ameaca-mediterraneo-com-mudancas-sem-precedentes/>>

França teria o mesmo clima que Puglia, no sul da Itália, segundo o estudo liderado por Wolfgang Cramer e Joel Guiot, da Universidade Aix-Marseille. Além disso, o impacto do aumento das temperaturas e da redução de precipitações sobre a vegetação será evidente, com um declínio das florestas, que serão substituídas por vegetação de arbustos, e um aumento da erosão dos solos. ‘Apenas sob o cenário em que o aquecimento global é limitado a 1,5° C acima das temperaturas pré-industriais faria com que as mudanças nos ecossistemas fiquem dentro dos limites experimentados durante os últimos 10.000 anos’, disseram os autores.

Desta forma, as políticas públicas direcionadas ao meio ambiente não devem coibir o desenvolvimento econômico, mas devem incentivar o uso consciente dos recursos naturais não renováveis. Acerca do tema Clovis Cavalcanti³² assevera:

[...] como a natureza é inflexível em seus parâmetros básicos, e o ecossistema não cresce, uma troca sustentável entre a sociedade e o meio ambiente envolve alguma forma de restrição das atividades sociais. Ou seja, não se pode extrapolar aquilo que um economista chamaria de “curva de transformação” ou de possibilidade de transformação da natureza. A economia da sustentabilidade implica consideração do requisito de que os conceitos e métodos usados na ciência econômica devem levar em conta as restrições que a dimensão ambiental impõe à sociedade”.

Assim, é possível concluir que o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente devem conviver de forma harmônica, concomitantemente buscando o desenvolvimento e a defesa do princípio da proteção do meio ambiente.

A Constituição Federal em seu art. 225³³ assegura que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Desta forma, a atividade econômica deve ter como finalidade garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, não apenas para essa geração, mas para as futuras, já que está é uma função de todos e não somente do Estado.

No que concerne a Redução das Desigualdades Regionais e Sociais, imprescindível se faz ressaltar que o Brasil é um país de dimensões continentais, dividido em cinco grandes regiões, que apresentam características bastante diferentes entre elas. Existem no Brasil áreas de extrema pobreza, como é o caso do Vale do Jequitinhonha, em Minas Gerais, que apresenta baixíssimos níveis de indicadores sociais. De outro lado, no mesmo estado, a cidade de Belo Horizonte é a quinta cidade mais rica do país. Exemplos como esse mostram a disparidade entre o desenvolvimento de uma e de outra região e o Estado tem

³² CAVALCANTI, Clóvis. **Desenvolvimento sustentável e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1998.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2015

responsabilidade sobre isto, de forma que este princípio é essencial para minimizar tais distorções.

Com relação a este princípio da ordem econômica é importante observar que ele encontra-se diretamente relacionado com um dos objetivos fundamentais previstos pela Constituição Federal no artigo 3º³⁴, inciso III, constitui-se como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” Segundo André Ramos Tavares³⁵ :

Sobre o conteúdo do princípio em apreço, tem-se que o mesmo impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas para fundamentar o desenvolvimento econômico, devam estar voltados também para à redução das desigualdades em todas as regiões do país, bem como ao desenvolvimento social. Para tanto, poder-se-á utilizar, especialmente de políticas públicas, como incentivos, buscando reduzir as diferenças entre as regiões e alcançar melhorias de ordem social.

Assim, ao instituir este princípio o legislador constitucional pretendia responsabilizar não somente o Estado pela busca da redução das desigualdades sociais e regionais no País, mas também daqueles que atuam na atividade econômica. Desta forma, todos que intervêm na ordem econômica do país, ao realizarem suas atividades devem, conjuntamente, buscar combater as desigualdades sociais e regionais e a promoção do ser humano.

Nessa linha André Ramos Tavares³⁶ destaca que: “O que se pretende, no momento atual, é promover o desenvolvimento, não apenas econômico-financeiro (que é imprescindível), mas também o desenvolvimento humano, e, para ele, concorre o desenvolvimento das liberdades fundamentais”. Desta maneira, o desenvolvimento econômico deve sempre ser integrado à busca do desenvolvimento social, visando à diminuição das desigualdades sociais e regionais.

Com fundamento no inciso VIII, do artigo 170, o princípio econômico da busca do pleno emprego exprime a ideia ampla de criação de oportunidade de empregos, busca pela dignidade da pessoa humana e desenvolvimento econômico. Segundo Eros Roberto Grau ³⁷:

Não obstante, consubstancia também, o princípio da busca do pleno emprego, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito

³⁴ IDEM

³⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. P. 204

³⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. P. 65

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

social ao trabalho (art. 6º, caput). Do caráter conformador do princípio decorrem conseqüências (sic) marcantes, qual, entre eles, o de tornar inconstitucional a implementação de políticas públicas recessivas.

Isto significa dizer que o Constituinte ao implementar este princípio buscou assegurar ao trabalhador não somente o emprego em si, mas também uma gama de direitos que proporcionam condições de vida digna ao trabalhador. José Carlos de Assis³⁸:

O Pleno Emprego, entendido como a condição do mercado de trabalho na qual todo cidadão disposto a trabalhar encontra ocupação remunerada segundo suas aspirações, qualificações e habilidades, é condição indispensável para construir uma sociedade efetivamente democrática, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, e possibilitar aos que não dispõem de renda da propriedade a realização individual segundo suas potencialidades. Nesse sentido, é a contrapartida social do direito individual de propriedade, e a proteção constitucional daqueles que nascem sem direito a herança, mas com direitos de cidadania.

O pleno emprego é considerado como a situação de fato em que o trabalhador encontra um ambiente propício e com condições adequadas à prestação do serviço. O pleno emprego é elemento essencial na busca do desenvolvimento nacional. Dentro do contexto de ordem econômica, a busca do pleno emprego está relacionada com diversos outros dispositivos do texto constitucional, como por exemplo, o desestímulo da dispensa arbitrária sem justa causa (art. 7º, I, da CF/88), a possibilidade de redução da jornada de trabalho mediante acordo ou convenção coletiva, com objetivo de evitar o desemprego (art. 7º., XIII, CF/88), a figura do aviso prévio (art. 7º., XXI, da CF/88), bem como, o importante meio de proteção ao trabalhador que é a eleição de representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados (art. 11, CF/88). Neste sentido Mauricio Goldinho Delgado³⁹:

[...] a correta leitura constitucional do princípio da valorização do trabalho conduz à noção de valorização do trabalho regulado, o qual, no capitalismo, confunde-se, basicamente, com o emprego. Nesse quadro é que melhor se compreende a postura constitucional de, no contexto da regulação da Ordem Econômica e Social (Título VII), no capítulo regente dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, ter fixado como princípio a busca do pleno emprego (art. 170, VIII).

Isto significa dizer que o pleno emprego deve sempre ser visto em conjunto com a valorização do trabalho. O sistema capitalista muitas vezes visa apenas o lucro e é dentro deste quadro que se entende a proteção constitucional dada a este princípio.

³⁸ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

³⁹DELGADO, Mauricio Goldinho Direitos Fundamentais Na Relação De Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho** v. 123/2006 | p. 143 - 165 | Jul - Set / 2006.

É importante destacar que o princípio da busca do pleno emprego é considerado como norma programática, ou seja, é um programa a ser desenvolvido posteriormente pelo legislador infraconstitucional. As normas pragmáticas explicitam os objetivos a serem alcançados sem, no entanto, indicar os meios para atingi-los. Devido a este fato, a eficácia deste princípio muitas vezes é questionada. Entretanto, é necessário ressaltar que a eficácia deste princípio não decorre apenas da atividade estatal. O êxito da política de pleno emprego está diretamente ligado com o envolvimento daquelas que atuam na atividade econômica.

É próprio do atual modelo de produção a formação de grandes grupos econômicos, com domínio de mercado e controle de capitais. Há dificuldade para as empresas menores fazerem frente à concorrência, ainda mais quando as grandes empresas estabelecem preços que as pequenas empresas não conseguem sustentar. Por isso há a necessidade de protegê-las e o ordenamento jurídico prevê um tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

O último princípio da ordem econômica tem como objetivo principal fomentar a atividade econômica exercida pelas Empresas de Pequeno Porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Tal princípio teve previsão no texto constitucional, com a Emenda Constitucional nº 6, de 1995. A Lei Complementar nº 123 no artigo 3º, define e diferencia as ME e EPP:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

O legislador pátrio ao diferenciar a empresa de pequeno porte e a microempresa adotou o critério de receita bruta obtida por elas, assim será definida como microempresa, aquela entidade empresarial com receita bruta igual ou inferior a R\$: 360.000.00, anual. Já as empresas de pequeno porte deverão ter renda bruta anual entrem R\$: 360.000.00 até R\$: 3600.000.00.

O tratamento diferenciado foi estabelecido com a finalidade de proporcionar às empresas de pequeno porte meios de concorrer no mercado em condição de igualdade com as grandes empresas. Desta forma, o princípio do tratamento favorecido é importante

instrumento de concretização do princípio econômico da livre concorrência, conforme explica André Ramos Tavares⁴⁰:

O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma ocorra a liberdade de concorrência (e de livre iniciativa)

Como as Empresas de Pequeno Porte, na maioria das vezes, não estão em condições de enfrentar as grandes empresas, ou grupos econômicos é necessário criar uma situação que permita que aquelas empresas tenham meios de competir com igualdade sem serem esmagadas pelas grandes companhias.

Neste mesmo sentido, Ferreira Filho⁴¹ ensina: “numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial”. Isto significa dizer que é a situação de vulnerabilidade das pequenas empresas que possibilita a aplicação deste princípio constitucional.

Outro ponto importante a ser analisado é que as Empresas de Pequeno Porte no Brasil são as maiores produtoras de emprego. Segundo o SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS ⁴² (SEBRAE) as pequenas empresas empregam 52% da mão de obra formal no País e respondem por 40% da massa salarial brasileira.

Com base nesse princípio constitucional, em 14 de dezembro de 2006 foi promulgada a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual estabeleceu o "Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte". Esta lei traz em seus artigos diversas regras gerais que abordam o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, como por exemplo, tratamento simplificado em relação à apuração e recolhimento de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime jurídico único de arrecadação inclusive das obrigações acessórias. Tratamento favorecido no que diz respeito às obrigações trabalhistas, previdenciárias, acesso a crédito e ao mercado, à tecnologia, ao associativismo e as regras de inclusão.

⁴⁰TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 216

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001 p.137.

⁴²Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>

Dado a importância da ordem econômica dentro do sistema financeiro de qualquer país, o próximo capítulo procura demonstrar qual é o tratamento jurídico dado aos crimes cometidos contra a ordem econômica, quais são suas definições, punições e consequências, além de definir a atuação empresarial e sua relação com Direito Penal Econômico.

3. A ATIVIDADE EMPRESARIAL E OS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA SOB O PRISMA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.

3.1 Teoria da empresa e conceitos importantes.

O Brasil adota a chamada teoria da empresa, a qual prioriza a forma como a atividade econômica é exercida. Entretanto o ordenamento jurídico brasileiro não define juridicamente o conceito legal de empresa, mas, define a figura do empresário, conforme inteligência do art. 966 do CC: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. ”

Destarte, é possível dizer que empresário é a pessoa natural ou jurídica que exerce, de forma contínua e organizada, certa atividade econômica, com objetivo de produção ou à circulação de bens ou de serviços no mercado, tendo como finalidade maior o lucro. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho⁴³:

Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes.

Assim, é importante observar que a definição de empresário decorre de três elementos básicos quais sejam, o teor profissional, a forma organizada e o caráter econômico da atividade desenvolvida. Mas a doutrina elenca dois outros elementos fundamentais, para a caracterização do empresário, sendo tais elementos a iniciativa e o risco. Iniciativa pode ser definida como o poder de determinar o destino da empresa e a forma de condução de sua atividade. Já o risco, é suportado exclusivamente pelo empresário que goza de todos os benefícios que a atividade empresarial proporciona, mas deve arcar com todos os prejuízos decorrentes da atuação empresarial.

Conforme dito anteriormente o termo empresa não encontra definição legal prescrita, assim, coube à doutrina definir empresa Bruscatto⁴⁴ ensina:

Sob o ponto de vista econômico, a empresa é considerada como uma combinação de fatores produtivos, elementos pessoais e reais, voltados para um resultado econômico, encadeada pela ação organizadora do empresário, ou seja, toda

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Tomo I. 12. ed. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 19.

⁴⁴ BRUSCATTO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier.

organização econômica destinada à produção ou venda de mercadorias ou serviços, tendo, como objetivo, o lucro.

Desta forma o conceito de empresário e empresa estão intimamente ligados, pois um decorre da atividade do outro. A empresa decorre de atividade organizacional do empresário. Neste mesmo sentido Fábio Ulhoa Coelho⁴⁵: “Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes, mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”. Portanto empresa é a atividade organizada, que proporciona circulação de bens ou serviços tendo como finalidade a obtenção de lucro e no que tange às sociedades empresariais, deve-se observar que a palavra sociedade pode ser definida como um agrupamento de indivíduos com o mesmo objetivo e colaboração mútua. Campinho⁴⁶ conceitua sociedade empresarial como:

Nas sociedades, o ponto central da união de seus integrantes é a exploração de atividade com finalidade econômica, buscando a obtenção e divisão dos ganhos havidos nessa exploração. O que motiva a aproximação dos seus integrantes, chamados tecnicamente de sócios, é o esforço de partilhar lucros. Constituem uma sociedade, as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar esforços ou recursos para lograr fins comuns, repartindo, entre si, os dividendos. A sociedade vai resultar da união de pessoas, físicas ou jurídicas que, reciprocamente, se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício proficiente de atividade econômica e a partilha, entre si, dos respectivos resultados.

Assim, é possível dizer que sociedade empresária é uma organização econômica formada por um grupo de pessoas que partilham entre si os resultados da atividade empresarial, com patrimônio e personalidade jurídica própria, tendo como objetivo a circulação de bens e serviços com a finalidade de gerar lucro. Neste sentido Almeida⁴⁷ ensina que a sociedade empresária é:

[...] uma entidade à parte, absolutamente distinta das pessoas naturais que as integram, culminaram as sociedades por serem reconhecidas pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direitos, equipadas, portanto, às pessoas físicas. Ressalta-se, entretanto, que, conquanto sujeito de direitos, a sociedade não tem vida natural, exteriorizando sua vontade por meio das pessoas físicas que a compõem. Todavia, a personalidade jurídica permite-lhe: 1º) a capacidade de determinar-se e agir para defesa e consecução de seus fins, por meio dos indivíduos que figuram como seus órgãos; 2º) o patrimônio autônomo, isto é, não pertence a nenhum.

Desta forma, é possível observar que a sociedade empresarial depende da vontade humana para se exteriorizar, possuindo personalidade própria e direitos e obrigações. A

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Tomo I. 12. ed. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 57.

⁴⁶ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

⁴⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais: direito da empresa*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 133

sociedade é um ente jurídico que pode estabelecer negócios jurídicos, intervir na economia, colaborando com o desenvolvimento nacional ou mesmo prejudicando-o nos casos de cometer algum ilícito, mas para isso ela precisa de sócios pois são eles quem tomam decisões acerca das atividades desta pessoa jurídica.

Neste contexto, é importante abordar a figura do sócio. O sócio não é o empresário em si, mas sim alguém que vai investir ou empreender na empresa e a qualidade de sócio garante alguns benefícios aos associados e a respeito dos direitos dos sócios, Coelho⁴⁸ leciona que:

São direitos inerentes à condição de sócio: participar do resultado social; fiscalizar a gestão da empresa, contribuir para as deliberações sociais e retirar-se da sociedade. Entretanto, a extensão desses direitos será negociada entre os membros da sociedade. O contrato social é o documento que define a distribuição dos lucros, mecanismos de fiscalização da administração que poderá ocasionar hipóteses de retirada de sócio. Sendo assim, no ato de constituição da sociedade, o sócio manifesta sua concordância com os termos estabelecidos, entre os sócios, para o exercício de seus direitos societários.

É possível afirmar que os direitos societários não são absolutos podendo ser definidos da forma mais vantajosa para sociedade, através de um documento chamado contrato social que delimita a participação do sócio.

De outro lado, deve-se analisar ainda o papel do gerente na sociedade empresária. O gerente possui poderes outorgados pela gestão da sociedade para administrar setores, unidades ou departamentos. Importante observar que o gerente não é considerado um administrador, embora possua poderes de gestão. As atribuições delegadas para o gerente se delimitam apenas ao exercício de organização e gestão da empresa em diferentes graus de responsabilidade. Quando a lei não exigir poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados.

Tanto o sócio quanto o gerente devem cumprir as normas previstas no Contrato ou Estatuto Social da sociedade empresária, mas pode ocorrer de eles contrariarem as mesmas e cometerem algum ilícito, envolvendo a sociedade, criando uma situação delicada, pois as atividades podem lesar a ordem econômica e, desta forma, sofrer as punições na forma da lei penal.

Na atividade de mercado é comum que duas ou mais empresas se unam em busca de melhores resultados e dessa união surgem os chama os grupos econômicos. Tais grupos

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Tomo I. 12. ed. São Paulo. Saraiva. 2008. p.121

possuem o condão de influenciar a economia de um país visto que, normalmente, controlam grande parte do mercado. Estes grupos societários deverão orientar sua atividade empresarial buscando o desenvolvimento nacional, objetivo fundamental previsto na Constituição Federal. Desenvolvimento nacional pode ser caracterizado como uma melhora nas condições de vida de um país baseado em um fortalecimento econômico. Acerca do tema André Ramos TAVARES⁴⁹ aduz que:

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, ou fará sentido para poucos. Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do Estado, sempre que servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social (e especialmente tais prestações), sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista. Da mesma forma, a consagração da liberdade, incluindo a livre iniciativa e a livre concorrência, serão essenciais para que se implemente aquele grau de desenvolvimento desejado

Assim, todo grupo econômico, ao se constituir, deverá buscar este desenvolvimento, pautado nos princípios constitucionais da ordem econômica. A Lei 6.404/76 define grupo econômico e traz disposições acerca de seu funcionamento, administração e formação. O artigo 265 elenca os requisitos de formação do grupo econômico no âmbito empresarial.

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

Deste modo, o grupo econômico é formado por empresas com objetivos em comum, mas cada sociedade manterá personalidade e patrimônio próprios, observando que a sociedade controladora deve ser brasileira.

Sabe-se que tanto as sociedades empresarias quanto os grupos econômicos são capazes de exercer grande influencias no sistema econômico do país, assim suas condutas

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 63.

podem caracterizar ilícitos penais como, fraudar a livre concorrência, dominar mercado relevante ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Administrativamente, os negócios conduzidos por esses grupos econômicos são controlados por um Conselho Administrativo, o CADE, para que se evite alguma conduta dos Empresários que ocasionem lesão à economia e, conseqüentemente aos cidadãos. E é sobre o CADE que se tecerá alguns comentários a seguir.

3.2 O CADE e o procedimento administrativo na apuração das infrações a ordem econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conhecido como CADE, é uma autarquia federal. Foi criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, durante o governo do Presidente João Goulart. Com a entrada em vigor da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou a Lei nº 4.137, o CADE passou a ter status de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça⁵⁰.

Em 2011, a Lei nº 12.529 trouxe profundas alterações à lei nº 8.884/11, inclusive em relação às atribuições do CADE e instaurou a obrigatoriedade de submissão prévia a análise pelo CADE daqueles atos que possam resultar em concentração de mercado.

Conforme disposto em lei, todo ato que vise concentração de mercado deve ser previamente comunicado ao CADE, e o art. 88 da Lei 12.529/11 prevê que o controle prévio dos atos de concentração deve ser realizado em, no máximo, 240 dias.

Além do prévio controle aos atos de concentração o CADE pode instaurar inquéritos administrativos para averiguar a prática de alguma infração à ordem econômica. A instauração do inquérito administrativo encontra-se disciplinada no artigo 66 da Lei 12.529/11⁵¹:

Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

⁵⁰ CARTILHA DO CADE Disponível em < <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>

⁵¹ BRASIL. **Lei n. 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.

§ 1o O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

§ 2o A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei.

§ 3o As diligências tomadas no âmbito do procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica deverão ser realizadas no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Este inquérito tem como objetivo a investigação de infrações à ordem econômica, podendo ser instaurado de ofício ou por representação de qualquer interessado, desde que fundamentada. Caso haja negativa de instauração do inquérito caberá recurso administrativo de qualquer interessado ao chefe da Superintendência-Geral do CADE, na forma prevista em regulamento.

O prazo para o encerramento do inquérito administrativo é de 180 (cento e oitenta) dias contados da sua instauração, podendo ser prorrogado por 60 (sessenta) dias quando o fato for de difícil elucidação ou por meio de despacho fundamentado.

A Superintendência-Geral terá até dias úteis para decidir acerca da instauração ou não de processo administrativo, ou pelo arquivamento do inquérito. Segundo o próprio CADE o processo administrativo deve ser instaurado quando “já existem fortes indícios de práticas lesivas ao mercado constatadas pelo inquérito administrativo”⁵².

Conforme o disposto no Art. 69 “O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do CADE, constituirá peça inaugural”.

Após a instauração do processo o representado será notificado para que no prazo de 30 (trinta) dias apresente defesa, bem como especificar as provas que pretende produzir, indicando ainda, caso queira as testemunhas. Caso a conclusão do processo administrativo considere que houve infração à ordem econômica as seguintes medidas deverão ser observadas⁵³:

⁵²CARTILHA DO CADE Disponível em < <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>

⁵³BRASIL. Lei n. 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

Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do caput deste artigo;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração; e

V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas.

Caso o agente econômico venha a descumprir qualquer das medidas impostas pela decisão administrativa, o CADE, poderá executar judicialmente a decisão, assim como está autorizado a aplicação de sanções no âmbito administrativo, à exemplo de casos de formação de cartéis. Assim, é notório o importante papel que o CADE desempenha tanto na prevenção (prévia comunicação dos atos de concentração), quanto na repressão das condutas ofensivas à ordem econômica. A proteção da ordem econômica é essencial para que se tenha um sistema econômico saudável, por isso, dotar o CADE de autonomia financeira e administrativa foi um importante passo em busca do equilíbrio econômico. Mas não é só na esfera administrativa que as atividades empresariais podem sofrer sanções. Estas também podem ser observadas no âmbito da esfera penal.

3.3. O direito penal econômico

Comumente, os crimes que são praticados contra a ordem econômica são cometidos pelas grandes Empresas/Sociedade, pois com as negociações no meio empresarial as empresas podem incidir em crimes e, como a ordem econômica é de interesse de toda a sociedade, por isto surge a necessidade de uma matéria específica que cuide da penalização destas condutas infratoras à ordem econômica, como “Direito Penal Econômico”.

No contexto econômico pós Primeira Guerra Mundial diversos países tiveram a necessidade intervir diante do cenário de grandes prejuízos com cidades devastadas e precária situação de saúde da maioria da população decorrente dos conflitos armados para que os poucos recursos restantes fossem aplicados de forma mais vantajosa possível para a nação.

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

No Brasil o Direito Penal Econômico pode ser definido como um ramo do Direito Penal que busca oferecer proteção à atividade econômica, aborda ainda as infrações cometidas contra a ordem econômica pelos sócios, gerentes ou administradores, determinando suas condutas e penas. Manuel Pedro Pimentel⁵⁴ afirma que o Direito Penal Econômico é:

Um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que consiste precipuamente no objeto do Direito Penal Econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública, e a administração pública, em certo sentido.

Importa esclarecer que a necessidade do direito penal econômico surge perante a vulnerabilidade do sistema econômico para proteger o sistema de troca de moedas, a fé pública, e administração pública. A economia de um país é um setor sensível, suscetível a riscos e oscilações e suas reações podem causar danos financeiros de proporções gigantescas. Luiz Regis Prado⁵⁵, em o Direito Penal Econômico diz que este:

[...] a soma das normas jurídicos penais que se situam no espaço coberto pelo Direito Econômico, definindo, este, como o ‘conjunto de normas que regulam a vida e as atividades econômicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos’

Pode-se inferir que o objetivo do direito penal econômico é tipificar as condutas ofensivas à ordem econômica e estabelecer lhes uma sanção adequada, já que, sendo a ordem econômica um conjunto de normas jurídicas que tem como objetivo o perfeito funcionamento do modelo econômico, a transgressão a eles precisa ser observada e punida, vez que afeta todo o projeto político, econômico e social da nação, dificultando a realização de Políticas Públicas importantes para o desenvolvimento nacional. Luiz Regis Prado⁵⁶ ensina:

[...] impõe reconhecer, para efeito de proteção penal, a noção de ordem econômica *lato sensu* (bem jurídico diretamente protegido), apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação e distribuição e consumo.

Desta forma, as atividades empresariais que mobilizam o mercado precisam ser julgadas, pois elas interferem, de maneira expressiva, na economia. Basta verificar as práticas de preço e produção de mercadorias as quais tem relações direta com o aumento dos preços

⁵⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973. P. 21.

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 37

⁵⁶ _____ Luiz Regis. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 37

impulsionando, o Estado a papel intervir, na econômica em busca da segurança jurídica para sociedade e para atividade empresarial. José Afonso da Silva⁵⁷ explica:

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica.

Ao deixar os grupos econômicos agirem conforme a sua deliberação a Nação pode sofrer graves consequências, pois estes grupos tentam dominar o mercado, articulando políticas privadas para exercer o controle deste e maior obtenção de lucros. Muitas vezes, eles utilizam de determinadas práticas como o monopólio a formação de carteis e trustes.

Desta forma, é possível o direito penal econômico através da intervenção do Estado agir para buscar equilíbrio da ordem econômica, impondo aos particulares e ao setor público restrições em suas condutas para maior segurança jurídica para a sociedade.

3.4. Os crimes contra a ordem econômica

Sabe-se que os governos sempre demonstraram preocupação com a produção de bens e serviços, com a circulação, distribuição de riqueza, e a atividade empresarial. Dessa preocupação, surgiram normas positivadas com o objetivo de proteger a ordem econômica nacional. A intervenção estatal na economia é justificada pela busca do equilíbrio os valores patrimoniais individuais e os de ordem pública. No contexto jurídico atual, os crimes contra a ordem econômica têm grande relevância, pois suas ações geram lesões bastante agressivas ao sistema econômico brasileiro, pois suas consequências atingem toda a sociedade. Exemplo disto, é a conduta do sócio que recebeu combustível adulterado ou adulterou e este era comercializado:

CRIME CONTRA A ORDEM ECONOMICA, COMBUSTÍVEIS. Demonstração de dolo do apelado: sócio com função de gerencia, recebeu combustível adulterado ou o adulterou. Alegação de ação de terceiro sequer esboçada a prova, na forma do art. 156, CPP. Recurso provido. Pena no piso legal, reconhecida a prescrição pela forma em concreto, entre a data da denúncia e da sentença atacada⁵⁸.

⁵⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo. Malheiros. 2005. P. 341.

⁵⁸ (TJ-SP - APL: 00182658620028260032 SP 0018265-86.2002.8.26.0032, Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro, Data de Julgamento: 09/06/2015, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/06/2015)

Diante do potencial negativo dessas condutas o ordenamento jurídico pátrio tipificou as condutas ofensivas à ordem econômica, a fim de resguardar a justiça social. A Lei 12. 529/11, definiu a estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, prevista no seu artigo 36:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Percebe-se que estas condutas podem levar pequenas empresas a um processo de falência, pois não possuem condições materiais para fazerem frente a uma concorrência desleal, a um aumento de preços que torna inviável a compra de produtos a fornecedores e a seu repasse a consumidores. Sem condições de concorrer, há uma inviabilidade de sua continuidade e os reflexos são inevitáveis, desemprego, inadimplência entre outros. E isto é tão impactante no meio empresarial que se faz necessária a proteção de uma concorrência que seja saudável para economia. Luiz Souza Gomes⁵⁹ define concorrência como o:

[...] ato pelo qual duas ou mais firmas, ou duas ou mais pessoas se esforçam para obter a mesma coisa. A concorrência é uma das características salientes do regime capitalista. Dá-se também à concorrência o nome de “competição”. Verifica-se a concorrência sob diferentes aspectos; entre vendedores de mercadorias similares a fim de conquistar clientes; entre compradores a fim de assegurar mercadorias que satisfaçam suas necessidades; entre empresas que procuram obter capitais por empréstimo, e entre detentores de reservas de capital desejosos de aplicá-las em empreendimentos seguros e remuneradores; entre possuidores de recursos naturais, à procura de empregá-los, e homens de negócios à cata de iniciativas da mesma natureza.

Desta forma, é essencial que a atividade empresarial possa exercer a livre concorrência, pois esta é um instrumento de proteção ao consumidor, já que através dela este tem acesso a produtos de qualidade por menores preços e tanto é punível as condutas dolosas

⁵⁹ GOMES, Luiz Souza. **Dicionário econômico-comercial e financeiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira S.A., 1962. P. 54.

quanto as culposas, isto significa dizer que, havendo nexos de causalidade, será responsabilizado o grupo econômico que cometeu as infrações previstas.

Além disso, deve-se observar que ao determinar que “tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não seja alcançado” o legislador classifica os crimes contra ordem econômica como delitos de perigo abstrato, que são aqueles que a possibilidade real do dano está presumida. Romero⁶⁰ ensina que:

A definição jurídica de tal modalidade delitiva dependerá não da previsão de uma conduta com probabilidade concreta de dano, isto é, de um resultado perigoso para a vida social, mas da prática de um comportamento simplesmente contrário a uma lei formal, em outras palavras, a simples realização de um ato proibido pelo legislador, sem causar necessariamente dano ou sequer um perigo efetivo à ordem jurídica. Ou seja, pune-se ainda que não ocorra o dano efetivo do bem jurídico, ou, ao menos, sua possibilidade concreta. Pune-se, pois, a pura violação normativa.

Assim, tais crimes não necessariamente dependem de um resultado prático. A simples conduta antijurídica já causa lesão a toda a sociedade e, por isto o Estado, acaba por punir comportamentos considerados abstratos e não somente condutas que geram danos concretos.

Ao definir como crime as condutas de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” buscou-se dar efetividade ao princípio constitucional da livre iniciativa, previsto em seu artigo 170, já visto no capítulo 1. Este princípio significa que⁶¹:

Inúmeros são os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes - liberdade pública.

⁶⁰ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4633>.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

Por conseguinte, a livre iniciativa procura garantir tanto as pequenas empresas como aos grupos econômicos para manter um ambiente saudável de competição, evitando a concorrência desleal, conceituada como uso de meios ou métodos perversos, perigosos, ou graves que geram possibilidade de reparação civil aos prejudicados e em alguns casos as condutas mais graves são consideradas infrações penais. Alberto Camelier⁶² explica:

Concorrência Desleal é todo e qualquer ato praticado por um industrial, comerciante ou prestador de serviço contra um concorrente direto ou indireto, ou mesmo um não concorrente, independentemente de dolo ou culpa, utilizando-se de meios ilícitos com vistas a manter ou incrementar sua clientela, podendo ou não desviar, em proveito próprio ou de terceiro, direta ou indiretamente, clientela de outrem. Esses atos são contrários às práticas e usos honestos perpetrados na indústria, comércio e serviços.

Nas relações jurídicas esperasse que haja um comportamento ético entre as partes, em observância ao princípio da boa-fé, entendido como:

[...] a ação é imbuída da consciência de que a conduta é correta e proba, fala-se em boa-fé objetiva; quando o agente tem noção de que está agindo de forma improba, acarretando prejuízo à situação de outra parte na relação jurídica, fala-se em má-fé objetiva(...) como na aquisição de coisa sujeita à penhora não registrada em cartório; quem age em situação de boa-fé subjetiva, geralmente é terceiro na relação jurídica. Quando o sujeito conhece a invalidade ou ineficácia, e mesmo assim opta pela prática do ato, está em situação de má-fé subjetiva⁶³

Espera-se que as partes e, nestes casos, os grupos econômicos, atuem no mercado de maneira ética, respeitando os demais concorrentes a fim de se evitar a quebra de empresas vulneráveis às oscilações do mercado e das ações de sociedades empresárias pois quando o empresário causa efetivos prejuízos ao mercado, e à ordem econômica, está se afrontando o princípio constitucional da livre concorrência.

Por ser crime de perigo abstrato não é necessária a comprovação de dano ao mercado financeiro, nem tampouco a existência de dolo ou fraude. É como tem entendido a jurisprudência pátria, segundo voto do relator Desembargador. Anderson Silvino⁶⁴:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – DECISÃO SINGULAR QUE, COM FULCRO NO ART. 461 DO CPC, DEFERIU PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA Para o fim de ordenar que não seja aberta nova concessionária HYUNDAI, QUE SERIA

⁶²CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. **Concorrência Desleal: Atos de Confusão**. São Paulo. Saraiva. 2013. p. 150

⁶³ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo, Manual do Direito Civil, 3. ed. São Paulo, Juspoivim, 2014 p. 853

⁶⁴Acórdão publicado em 16/08/2011 pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no AI nº 2011.06 336-7

LOCALIZADA A MENOS DE 1 KM DA CONCESSIONÁRIA AGRAVADA, sob pena de multa diária – CONTRATO DE FORNECIMENTO DE PEÇAS E VEÍCULOS QUE NÃO TRAZ SEGURANÇA JURÍDICA PARA A AUTORA/AGRAVADA – EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICAS COMERCIAIS QUE CONFIGURAM A CONCORRÊNCIA DESLEAL, DIANTE DO FAVORECIMENTO DA HYUNDAI MONTADORA DE VEÍCULOS A DETERMINADO GRUPO - DESnecessidade da existência de dolo ou fraude PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL, OU danos in concreto , bastando que estes sejam presumíveis – DECISÃO QUE OBSERVOU O princípio DA LIVRE CONCORRÊNCIA, que TAMBÉM serve para reprimir o abuso de poder econômico, quando utilizado como forma de eliminação da concorrência – CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO “Sabe-se que para a configuração da concorrência desleal não há a necessidade da existência de dolo ou fraude, tampouco a existência de danos in concreto, bastando que estes sejam presumíveis”.

Portanto, quando no caso concreto, seja possível presumir que da situação analisada que a concorrência praticada pelos grupos ou sociedade empresariais era desleal essa deverá ser punida.

O ordenamento jurídico brasileiro também tipificou como crime a conduta de “dominar mercado relevante de bens ou serviços”. Em regra, é possível notar essas práticas em grupos econômicos empresarias que controlam determinada faixa de mercado, como famoso caso da Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV), que controla 69%⁶⁵ do mercado de cerveja nacional. Segundo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica o conceito de mercado relevante pode ser compreendido como⁶⁶

O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito

Para analisar se há a dominação de mercado é necessário observar alguns critérios como a localidade e a possibilidade de substituição de produto por outro semelhante que cumpra a mesma função. Segundo a legislação brasileira há presunção de controle quando a

⁶⁵ Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,concentracao-de-mercado-imp-,1080058>>

⁶⁶ Disponível em <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>

participação do empresário ou do grupo econômico é superior ao valor de 20%, do mercado ou o faturamento da empresa ou grupo é superior a 400 milhões.

Como já foi apresentado, todo ato que importe em possível concentração de mercado deve ser previamente comunicado ao CADE, conforme instruções estabelecidas em lei⁶⁷:

Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

O objetivo do legislador ao impor a necessidade de comunicação, bem como um limite de concentração tem como objetivo impedir a fraude, a concorrência desleal, a ofensa aos princípios constitucionais econômicos e a proteção da ordem econômica e é entendimento jurisprudencial⁶⁸ que sua realização é indispensável, sendo sua falta punida.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRELIMINAR REJEITADA. ACÓRDÃO DO CADE. ART. 54, § 4º, DA LEI 8.884/1994. COMUNICAÇÃO INTEMPESTIVA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. LEGALIDADE. [...] 2. Estabelece o artigo 54 da Lei n. 8.884/94 que os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE no prazo de 15 dias úteis. É obrigatória a comunicação de ato que implica no agrupamento societário para exercer o controle acionário de empresa que exerce controle de mais de vinte por cento de mercado relevante. 3. No caso concreto as empresas IVEN S/A e a GTD, através de leilão realizado pela Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, adquiriram o controle acionário da empresa ESPIRITO SANTO CENTRAIS ELETRICAS S/A - ESCELSA, que possuía 96,1% da distribuição de energia elétrica no Estado do Espírito Santo, operação de privatização realizada em 11/07/1995 e somente comunicada ao CADE em 11/11/1999, ou seja, após o prazo de quinze dias previsto no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94, mostrando-se legítima a aplicação da multa questionada. 4. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 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

⁶⁸ TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL : AC 13622 DF 2003.34.00.013622-4 disponível em < <http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22630054/apelacao-civel-ac-13622-df-20033400013622-4-trf1>>

A importância da comunicação das operações societárias se dá pela necessidade do CADE de fiscalizar todos os atos que gerem concentração de mercado, pois uma concentração de mercado ilegal pode gerar sérias consequências as pequenas empresas que não teriam condições de igualdade no mercado e ao consumidor, que estaria lesado em seu direito de escolha.

A conduta de “aumentar arbitrariamente os lucros”. Este inciso busca proteger o consumidor, parte hipossuficiente nas relações de consumo. Sabendo-se que o lucro é o objetivo maior dos empresários, no entanto o ordenamento jurídico brasileiro proíbe que ele seja arbitrário. O lucro arbitrário é aquele que foi conquistado por práticas anticoncorrenciais ou de forma desproporcional. Deve-se ressaltar, entretanto, que a caracterização de lucro arbitrário é de difícil constatação, sendo objeto de críticas.

Quanto a conduta de “posição dominante”, a Lei 12.529/12⁶⁹ a define no artigo 36 §2º.

Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Tal inciso busca impedir o abuso da posição dominante e não a proibir em qualquer grau, conforme exemplifica o professor José Luiz⁷⁰

A verificação da existência de uma posição dominante não acarreta por si mesma nenhuma censura em relação à empresa em causa. Impõe-lhe, porém, independentemente das causas dessa posição, a responsabilidade especial de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum.

Portanto, a legislação brasileira não procurou impedir que uma empresa ou um grupo econômico tenha uma posição dominante no mercado, mas sim impedir que estas empresas usem essa posição com o objetivo de fraudar a livre concorrência ou a livre iniciativa, caracterizando-se verdadeira ofensa a ordem econômica. Uma vez que cometendo este ilícito caberá a responsabilização penal dos seus sócios e gestores.

⁶⁹BRASIL. **Lei n. 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.

⁷⁰ VILAÇA, José Luiz Cruz. **Regras de Concorrência, abuso da posição dominante.** ISEG. 2008

4 A PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL

4.1 A prisão preventiva e seus pressupostos.

A prisão cautelar no Brasil é medida excepcional que deve ser evitada sempre que outra medida seja considerada mais adequada. Desta forma o legislador criou diversos requisitos que devem obrigatoriamente estar presente no caso em concreto para que seja decretada a prisão preventiva. Tais requisitos dizem respeito ao convívio social a segurança da sociedade e a proteção do sistema econômico.

Primeiramente é necessário esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o Princípio da Presunção da Inocência como base do direito penal e processual. Assim, todos são considerados inocentes até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado, decorrente de um processo que tenham respeitado ampla defesa e contraditório.

Como visto anteriormente os crimes contra a ordem econômica são realizados com subterfúgios que dificultam a sua detecção. Mas o mais grave é que eles provocam danos para além da esfera individual, atingindo e lesando interesses coletivos, em virtude de uma rentabilidade maior. Esta nova forma de crime é considerada grave porque estas pessoas jurídicas é que estão à frente do programa de desenvolvimento da nação, através de investimentos, operações societárias, utilização da moeda e taxas cambiais.

Espera-se que esses sujeitos se comportem de maneira ética e transparente no mundo empresarial, mas isto não ocorre porque eles utilizam de esquemas sofisticados que dificultam a fiscalização dessas práticas danosas. A necessidade de uma responsabilização a estes sujeitos se torna imperiosa no direito brasileiro de forma que o indivíduo perceba que a sua conduta gera um risco para a ordem econômica.

Nestes casos, um estudo sobre a aplicação de penalidades deve ser feito à luz da teoria do processo, ao viés do provimento cautelar. Sabe-se que a regra na legislação brasileira é a liberdade, mas há casos em que se faz necessário a prisão, desde que diante de um devido processo legal o indivíduo seja condenado. Por outro lado, ainda há a possibilidade de se vislumbrar a prisão sem que o indivíduo tenha sido considerado culpado,

desde que seja considerado os pressupostos do *periculum libertatis* e *fumus comissis delicti*⁷¹:

[...] primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os *pressupostos* da prisão cautelar) [*fumus comissis delicti*]; em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo *concreto* que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus *requisitos*) [*periculum libertatis*].

Assim, ao analisar o caso concreto o magistrado deverá analisar a presença dos requisitos autorizadores e a necessidade da medida restritiva, é necessário que haja tanto indícios de autoria como materialidade devendo ser demonstrada a necessidade da prisão preventiva. Neste sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁷².

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DO FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS. GRAVIDADE DA CONDUTA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. I - Preenchidos os requisitos autorizadores para o decreto da prisão preventiva, acrescidos da presença da materialidade e dos indícios suficientes de autoria, não há que se falar em ilegalidade da medida, notadamente quando as circunstâncias em que se deram os fatos caracterizam o **fumus comissi delicti e o periculum libertatis**, recomendando, a manutenção da segregação cautelar, já que outras medidas mostram-se inadequadas e insuficientes para a garantia da ordem pública. II – Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal. III - Ordem denegada.

No Brasil existem 03 (três) tipos de prisão cautelar, quais sejam: a prisão em flagrante delito, a prisão temporária e a prisão preventiva. Esta última é que será tratada neste capítulo. O instituto da prisão preventiva é medida excepcional, ficando sua aplicação submetida à análise de diversos requisitos autorizadores. Fernando da Costa Tourinho Filho⁷³, ensina:

prisão preventiva é aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

A prisão preventiva encontra-se disciplinada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal e, segundo o artigo 311, a prisão pode ser decretada tanto de ofício pelo juiz, como a pedido do Ministério Público, representação da autoridade policial, ou mediante requerimento do querelante.

⁷¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

⁷² **TJ-DF - HBC: 20150020222653**, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 10/09/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/09/2015 . p. 90)

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 3, p. 471.

A lei brasileira não determina prazo de duração para medida cautelar de prisão preventiva, assim sendo, ela permanece enquanto estiverem presentes os requisitos que autorizaram sua decretação, de tal modo, que quando não existirem mais tais requisitos esta deverá ser revogada.

Alguns dos requisitos autorizadores estão presentes no artigo 312 do CPP, como a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal; no entanto, somente será possível a decretação quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria. Guilherme de Souza Nucci⁷⁴ diz que tais pressupostos “são sempre, no mínimo três: prova da existência do crime (materialidade) mais indício suficiente de autoria mais uma das situações descritas no art. 312 do CPP.”

Assim, somente a presença de um dos pressupostos estabelecidos no artigo 312 não é suficiente para autorização da decretação da prisão preventiva, é necessário também que exista indícios de autoria e materialidade, afim de evitar que injustiças sejam cometidas.

A garantia da instrução criminal foi instituída como pressuposto autorizador da medida excepcional cautelar devido a preocupação com o bom andamento do processo penal. Assim, a prisão poderá ser decretada nos casos em que o indiciado caso seja mantido em liberdade, apresentar risco efetivo à produção de provas, impedindo ou dificultando a coleta de elementos necessários à apuração da verdade real do fato. No entanto, para que sirva como requisito é essencial que se prove que o agente está tendo essa conduta, não basta apenas mera suspeita. Conforme demonstra decisão do Superior Tribunal de Justiça⁷⁵:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 217-A DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AMEAÇAS PROFERIDAS CONTRA A VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Como fundamento para a decretação e manutenção da prisão cautelar do recorrente, as instâncias ordinárias fizeram referência à gravidade concreta do delito, ao modus operandi empregado e às ameaças de morte feitas contra a vítima, que é enteada do recorrente. 2. Demonstrada, com base em elementos concretos contidos nos autos, a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, não há falar em constrangimento ilegal. 3. Recurso em habeas corpus improvido.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011p.588.

⁷⁵ RHC 43118 PR 2013/0396395-5 disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153679045/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-43118-pr-2013-0396395-5>

Portanto, quando demonstrado efetiva lesividade ao processo bem como às partes do processo ou às testemunhas é plenamente justificável a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da instrução criminal. Neste mesmo sentido Martins⁷⁶ ensina:

A conveniência da instrução criminal está direta e indissolúvelmente ligada à coleta de informes necessários à apuração da verdade. Havendo demonstração de que, de alguma forma, o indiciado ou acusado poderá vir a obstá-la, seja por buscar alterar a prova, como frustrá-la ou impedir sua produção, utilizando-se para isso de sua condição pessoal e social, de artifícios econômicos ou mesmo de violência ou grave ameaça, viável será a decretação [da prisão preventiva]. (MARTINS, 2004, p. 111-112).

Isto significa que a medida cautelar, além de garantir a segurança das pessoas ligadas ao processo criminal e a garantia da instrução criminal, também visa assegurar a produção de provas essencial para o devido processo legal. Quando o indiciado interfere ou altera a produção de provas, por meio de sua condição pessoal, como um agente policial que ameaça uma testemunha, ou um empresário que intimida o empregado com ameaça de demissão, a prisão preventiva deve ser decretada a fim de resguardar a coleta de provas.

O requisito “garantia da aplicação da lei penal” possui a mesma função que o pressuposto “conveniência da instrução criminal”. Ambos são essencialmente cautelares e tem como objetivo garantir a eficácia do processo criminal. A garantia de aplicação da lei penal é usada como fundamento para decretação da prisão preventiva nos casos em que os indiciados, apresentam risco real de fuga e, assim, a aplicação da lei penal, em caso de eventual condenação, restaria prejudicada.

Desta forma a aplicação da lei penal tem como objetivo garantir a eficácia e as consequências da sentença imposta no processo, enquanto a garantia da instrução criminal garante o bom andamento do processo este requisito assegura que a decisão final será executada. O doutrinador Fernando Capez⁷⁷ ensina:

[...] garantia da aplicação da lei penal: no caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. Se o acusado ou indiciado não tem residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão.

⁷⁶ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 456

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

O risco iminente de fuga ou nos casos em que o agente claramente tenta se furtar da aplicação da sanção imposta, também é argumento adotado pela jurisprudência brasileira⁷⁸:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS. Presentes os pressupostos e os requisitos da prisão preventiva do paciente, corroborados com os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, consubstanciados na sentença condenatória proferida na origem, é de ser mantido o decretado de sua prisão preventiva, evidenciado que, por reiteradas oportunidades, deixou de comparecer aos atos processuais e se mudou de endereço, sem informar ao juízo, restando o feito, inclusive, suspenso, por cerca de seis anos.

Percebe-se que há um cuidado o que evita que o agente se furtar de aplicação da pena imposta, no entanto, deve-se ressaltar que a somente a condição econômica do indiciado não é suficiente para ensejar a decretação, é necessário que o suposto autor do delito demonstre real perigo a aplicação da lei penal, como por exemplo, não comparecer, sem justificativa, aos atos processuais quando devidamente notificado.

Nos crimes contra a ordem econômica, situação que ocorre em um ambiente empresarial, em que participam sócios gerentes de empresas, empresários é comum serem noticiados casos em houve a tentativa de evasão do país, com a clara finalidade de fugir às responsabilidades impostas pela lei. Às vezes, a autoridade judiciária, cautelarmente, recolhe passaportes desses indivíduos para que se evite a fuga e, ao final do processo, possam eles cumprirem a condenação respectiva.

Outro requisito é a garantia da ordem pública, mas ordem pública é um termo bastante amplo e, por isso, é necessário entender seu conceito para delimitar as situações ensejadoras do decreto restritivo. Conforme ensina Bobbio, Mantteucci e Pasquino⁷⁹ (1998 p. 851), ordem pública é:

Sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese, ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva (...). Com a variação da inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos, por exemplo), cada ordenamento dará uma disciplina própria (ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvaguardar a ordem pública.

⁷⁸ TJ-RS - HC: 70049517246 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 18/07/2012, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/08/2012

⁷⁹BOBBIO, N.; MANTTEUCCI, N.; PASQUINO; G. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: UNB: 1998.

Assim, ordem pública é a situação de convivência em sociedade de forma segura e equilibrada, é a paz social e a garantia da ordem pública procura proteger este estado da sociedade da prática infracional.

A garantia da ordem pública também é utilizada nos casos em que o autor, da infração demonstra alto grau de periculosidade e é reincidente na prática delituosa, conforme ensina Martins⁸⁰ (2004, p. 110):

A garantia da ordem pública, em breves palavras, estará configurada quando e se for possível concluir-se, diante dos elementos colacionados aos autos, tratar-se de indivíduo com inclinação para práticas delituosas, a ser comprovada pelas condutas havidas em seu passado e registradas em ações penais ou investigações policiais, decorrente da particularidade da conduta quando da prática criminosa, reveladora do caráter perverso e de sua periculosidade, enfim, quando se puder observar e afirmar que a manutenção em liberdade colocará em risco a tranquilidade no meio social.

Desta forma, a prisão se justifica para acalmar a sociedade, para que esta não se sinta desamparada e desprotegida diante de indivíduo que comete diversos crimes repetidas vezes e continua no convívio social. Este entendimento é bastante aceito pelos Tribunais Brasileiros⁸¹:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PRISÃO CAUTELAR. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PACIENTE QUE EM MENOS DE QUATRO MESES VOLTOU A COMETER NOVO DELITO(...)**. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO - IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO A DESCONSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA DO PACIENTE - IMPROCEDÊNCIA - **NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DO MEIO SOCIAL E PARA EVITAR POSSÍVEL REITERAÇÃO CRIMINOSA** - PERICULOSIDADE DO AGENTE DEMONSTRADA EM FACE DO MODUS OPERANDI DA CONDUTA OBJETO DA ACUSAÇÃO(...)CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE - DENEGAÇÃO DA ORDEM. (grifei)

Portanto, quando da prática delituosa puder se constatar alto grau de periculosidade e ação reiterada do agente na conduta criminosa é justificável o decreto restritivo cautelar fundamentado no requisito da garantia da ordem pública visando o bem-estar social e a paz social na sociedade.

⁸⁰ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 456

⁸¹ (TJ-RN - Habeas Corpus com Liminar HC 140102 RN 2011.014010-2 (TJ-RN) Data de publicação: 10/11/2011

4.1.1 A garantia da ordem econômica como requisito autorizador da decretação da prisão preventiva.

Sabe-se que ordem econômica é conjunto de regras e normas legais que tem como objetivo regulamentar o sistema econômico de uma sociedade. A ordem econômica é um organismo sensível às mudanças e acontecimentos que ocorrem a sua volta, por isso a necessidade de proteção.

Sua garantia da ordem econômica passou a ser requisito autorizador da decretação da prisão preventiva com uma mudança legislativa trazida pela Lei nº 8.884/94 (*lei antitruste*), posteriormente revogada Lei nº 12.529/11, que inseriu o requisito entre os presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal. Machado⁸² explica:

A Garantia da ordem econômica – essa hipótese foi acrescentada ao art. 312 do Código de Processo Penal pela Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994 (Lei Antitruste), na tentativa de combater os crimes econômicos e financeiros, os chamados “crimes de colarinho branco”. Diferentemente dos crimes contra o patrimônio como o furto e o roubo praticado por pessoas pobres pertencentes às classes mais baixas da sociedade, tais crimes ultrapassam a esfera privada da vítima, antes lesam o interesse público, atingindo um número indeterminado de pessoas.

Deve-se esclarecer que este requisito deve ser usado somente contra crimes econômicos, mesmo que o delito cause grande prejuízo de cunho econômico, somente será possível a utilização do requisito autorizador em se tratando de crime econômico ou “crimes de colarinho branco”. Edwin Sutherland⁸³ definiu crime de colarinho branco como “um crime cometido por uma pessoa respeitável, e de alta posição (status) social de Estado, no exercício de suas ocupações”. Acerca da delimitação legislativa MIRABETE⁸⁴ ensina:

[...] O art. 312 do CPP – no que diz respeito à garantia da ordem econômica – só pode ser aplicado na prática de crime que possa causar perturbação à ordem econômica, citando-se, especificamente, os definidos na Lei nº 8.137, de 27-12-90, entre os quais o de ‘elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado’ (art. 4º, VII, com redação dada pelo art. 85 da Lei 8.884), na Lei 7.492, de 16-6-1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências, e na Lei 1.521, de 26-12- 1952, que prevê crimes contra a economia popular (...).”

⁸² MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 450

⁸³ SCHUR, Edwin M. **Labeling deviant behavior: its sociological implications**. New York: Harper & Row, 1971.

⁸⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini **Código de processo penal interpretado**. 7. ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 694.

Este requisito sofre diversas críticas pela doutrina, alguns doutrinadores consideram essa medida extrema, uma vez que os crimes econômicos não afetam diretamente a integridade física dos cidadãos, ou cria na sociedade a sensação de insegurança e pânico. Eugênio Pacelli de Oliveira⁸⁵ defende que outras medidas seriam mais eficazes na defesa da ordem econômica:

Se o risco é contra a ordem econômica, melhor que a decretação da prisão preventiva, a medida cautelar que parece mais propícia a ser efetuada “é o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração”. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

No entanto, este posicionamento visa garantir somente a tutela dos bens econômicos, a decretação da prisão tem como objetivo proteger a ordem econômica no todo, assegurando que os princípios constitucionais da ordem econômica sejam devidamente respeitados. Assim, ao decretar a prisão preventiva com base nesse requisito procura-se não tão somente proteger bens econômicos, mas os valores da livre iniciativa, concorrência, propriedade privada e defesa do consumidor. De outro lado Delmanto Junior⁸⁶ defende a garantia da ordem econômica como pressuposto para decretação da medida cautelar

Apesar da criminalidade econômica, a priori e de forma aparente, não ameaçar tão diretamente o cidadão, quanto o ameaça a delinquência violenta, [...] é de se atentar para o fato de que as consequências advindas desse tipo de criminalidade, muitas vezes, envolvem um número enorme de pessoas e são tão prejudiciais à sociedade quanto o é a criminalidade violenta. Por mais que o delito já tenha ocorrido e suas consequências se operado, a prisão daquele que tenha violado as regras econômicas impostas, inclusive pela Constituição da República, poderia, em alguns casos, afigurar-se indispensável, para que as sequelas decorrentes do crime e eventual desordem global da economia fossem minoradas.

É importante ressaltar que os delitos econômicos, quando praticados, dificilmente são detectados, pois a sua prática envolve técnicas especializadas e complexas o que dificulta sua percepção. Somado a isto se tem que estes crimes são cometidos por pessoas que não levantam suspeitas na sociedade. Como se pode ver na notícia⁸⁷ abaixo:

São Paulo – A Procuradoria da República em São Paulo denunciou a socialite Valdirene Aparecida de Marchiori, a Val Marchiori, por crime do colarinho branco.

⁸⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p234.

⁸⁶DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P 125.

⁸⁷Revista Exame disponível em < <http://exame.abril.com.br/brasil/procuradoria-denuncia-val-marchiori-por-crime-do-colarinho-branco/> r Julia Affonso, Mateus Coutinho e Fausto Macedo 19 maio 2016.

Segundo a acusação, protocolada na 6ª Vara Criminal da Justiça Federal, Marchiori em 17 de setembro de 2013 obteve, 'de forma livre e consciente, mediante fraude', financiamento oriundo do Programa BNDES de Sustentação do Investimento – BNDES PSI -, em valor equivalente a R\$ 2,79 milhões. Formalmente, a Procuradoria acusa Marchiori de violação do artigo 19 da Lei 7492/86 – obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira; pena de reclusão de dois anos a seis anos e multa.

Assim, devido a posição social dos supostos autores do crime raramente estes são investigados, além e, quando são investigados, estes possuem diversos meios de prejudicar a instrução criminal, o que viabiliza a proteção da ordem econômica como hipóteses autorizadora da decretação da prisão preventiva.

Na busca da responsabilização dos autores dos crimes econômicos o ordenamento jurídico brasileiro criou a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para que estes possam responder pessoalmente.

4.2 A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de crimes contra a ordem econômica

4.2.1 A pessoa jurídica

Primeiramente, é necessário realizar breves apontamentos sobre a pessoa jurídica. Em busca de proteção de seus direitos e patrimônios, o homem criou a figura da pessoa jurídica, aquela que resulta da união de um grupo de pessoas legalmente organizadas, podendo ter fins políticos, sociais ou econômicos. A pessoa jurídica possui capacidade de ter direitos e obrigações que não se confundem com os daquelas a criaram. Maria Helena Diniz⁸⁸ ensina:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com as quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte. Realmente, seus componentes somente responderão por seus próprios débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual. Essa limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica é uma consequência lógica de sua personalidade jurídica, constituindo uma de suas maiores vantagens.

Desta forma a lei brasileira impõe uma separação entre a pessoa jurídica e os membros que a constituem; assim, a própria pessoa jurídica da sociedade é sujeita ativa dos

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 317

seus direitos e a devedora de suas obrigações. Além disso, com a formação da pessoa jurídica o patrimônio pessoal dos sócios, em regra, não é atingido pelos débitos da sociedade empresária e os sócios somente respondem pelos valores definidos no capital social. Fábio Ulhoa Coelho⁸⁹ acrescenta:

A pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem. Este princípio, de suma importância para o regime dos entes morais, também se aplica à sociedade empresária. Tem ela personalidade distinta da de seus sócios; são pessoas inconfundíveis, independentes entre si. Pessoa jurídica é um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens em sociedade. Ela não tem existência fora do direito, ou seja, fora dos conceitos tecnológicos partilhados pelos integrantes da comunidade jurídica. Tal expediente tem o sentido, bastante preciso, de autorizar determinados sujeitos de direito à prática de atos jurídicos em geral.

O artigo 1024 do Código Civil consagra o princípio da autonomia patrimonial que determina que somente os sócios podem responder pessoalmente com seu patrimônio quando o patrimônio social estiver sido esgotado. Tal princípio representa importante mecanismo de proteção aos agentes econômicos.

Assim é possível dizer que a personalidade jurídica só existe em contexto legal, com o objetivo claro de garantir aos sócios da sociedade maior proteção. A pessoa jurídica não se confunde com seus criadores, é uma pessoa autônoma com direitos, obrigações próprias respondendo ela mesma pelas ações tomadas pela sociedade empresaria.

No entanto, algumas vezes existe abuso do uso da personalidade jurídica pelos sócios que usam a sociedade empresária para esconder fraudes e infrações praticadas pelos próprios sócios. Nestas situações em que a pessoa jurídica se confunde com a pessoa do sócio é necessário à desvinculação entre pessoa jurídica e a pessoa física.

4.2.2 Desconsideração da pessoa jurídica

Sabe-se que o objetivo da criação da pessoa jurídica é a busca de proteção dos sócios de forma lícita, no entanto, em alguns casos, tal ente personalizado pode ter sua função social desvirtuada. As empresas ou sociedade empresária normalmente cometem este desvio com intuito causar fraudes, prejudicar terceiros, aumentar os lucros indevidamente, situações estas que serão acobertadas pela pessoa jurídica.

Visando coibir tais práticas o legislador criou o instituto da desconsideração da pessoa jurídica. Toda vez que a pessoa jurídica se desviar de sua finalidade nata, seja por

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

meio de fraude, por desrespeito às leis, ou por prejudicar credores e terceiros a desconsideração será a medida adequada.

A desconsideração da personalidade jurídica visa afastar a proteção proporcionada pelo ente empresarial, para que seja possível responsabilizar diretamente os sócios pela má-fé empregada. Assim, o aplicador do direito deverá ignorar a pessoa jurídica e atingir os sócios. Sílvia de Salvo Venosa⁹⁰ explica:

Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros

Logo, o magistrado deverá analisar cada caso para verificar se houve, no caso concreto abuso da personalidade jurídica e então os sócios responderam pelos atos praticados pela pessoa jurídica de forma pessoal. O artigo 50 do Código Civil assevera:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Apesar de existir a previsão legal de desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil, este instituto não tinha tratamento específico em lei. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, essa lacuna foi preenchida, e traz em seus artigos 133 a 137 toda a regulamentação do chamado incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Segundo o Novo Código, o incidente pode ser instaurado a requerimento da parte ou pelo Ministério Público, assim não sendo possível a instauração do incidente de ofício, além de estabelecer que as regras deste capítulo também se aplicarão a chamada desconsideração inversa, tema a ser abordado futuramente. Acrescenta ainda a possibilidade de instauração do incidente em qualquer fase processual, estabelecendo o prazo de 15 (quinze) dias para os sócios ou a pessoa jurídica para manifestarem ou requerem produção de provas.

⁹⁰ VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.300

A Lei nº 12.529/2011⁹¹, em seu artigo 34, elenca outras hipóteses em que é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando a entidade empresarial comete infração à ordem econômica:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Percebe-se que o legislador buscou trazer proteção à ordem econômica, já que esta constitui em um direito difuso, ou seja, de toda a sociedade, pretendendo proteger direitos da coletividade.

4.2.3 Desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Importante esclarecer que na desconsideração da pessoa jurídica ao inverso, busca-se atingir a figura do sócio que esconde o seu patrimônio, transferindo os seus bens para a titularidade da pessoa jurídica da qual é sócio. Aqui o abuso existente é da pessoa física e tal prática é bastante comum, principalmente advinda das relações conjugais quando estas terminam em divórcio ou para lesar credores.

O cônjuge com objetivo de não realizar corretamente a partilha de bens transfere seu patrimônio a empresa, pois o patrimônio supostamente estaria protegido pelo manto da personalidade jurídica. Conforme explica Nas palavras de Suzana Gastaldi⁹²:

Tanto a desconsideração inversa da personalidade jurídica como a desconsideração da personalidade jurídica têm como escopo combater o abuso de direito, entretanto, a primeira técnica visa adentrar no patrimônio da pessoa jurídica, não para pagamento de dívida da sociedade empresária, e sim das relações jurídicas enquanto pessoa natural de seus sócios, como aquelas oriundas do casamento ou da união estável.

⁹¹ BRASIL. Lei n. 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

⁹² GASTALDI, Suzana. **O judiciário contra as máscaras societárias no Direito de Família: a desconsideração inversa da personalidade jurídica**. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/o-judiciariocontra-as-mascaras-societarias-no-direito-de-familia-a-desconsideracao-inversa-da-personalidade-juridica/1956/>>

Cumpra ressaltar que na desconsideração inversa da personalidade jurídica, passa-se a responsabilizar a sociedade empresarial pela conduta do sócio, devendo ser aplicada sempre que constatado o abuso de direito, fraude, simulação, com propósito de prejudicar terceiros e credores. Segundo Isaura Filgueiras⁹³:

[...] para ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, deverá restar caracterizado o desvio de bens, a fraude ou o abuso de direito por parte dos sócios que se utilizam da personalidade jurídica para transferir ou esconder bens, prejudicando assim os credores.

Assim, é possível concluir que este instituto foi criado visando à proteção não dos sócios, mas sim dos terceiros interessados ou dos credores. Acerca da desconsideração inversa Oliveira e Sousa⁹⁴ explica:

Nessa hipótese, construída recentemente pela doutrina, rompe-se a autonomia patrimonial da empresa, a fim de executar os bens do ente societário, em razão dos atos praticados pelos seus sócios. O objetivo precípua é evitar que o sócio devedor e insolvente esquite-se de suas obrigações, pelo esvaziamento do seu patrimônio, mediante a transferência de bens do seu acervo pessoal e, portanto, incomunicável, à sociedade.

Desta forma, quando sócio agir intenção de praticar fraude contra os credores, ou terceiros, deverá ser aplicado o instituto da desconsideração as avessa, devido ao fato que se não aplicado estes restarão prejudicados, pois não possuíram meios de saldar suas dívidas uma vez que a pessoa física supostamente não tem patrimônio.

É bastante claro que o objetivo maior do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é proteger os credores e terceiros contra as ações fraudulentas do sócio que buscam no manto protetivo da pessoa jurídica esconder seu patrimônio pessoal. Nos casos dos crimes contra a ordem econômica tal prática pode ser usada para proteger princípios constitucionais orientadores da ordem econômica, como a livre concorrência, defesa do consumidor, livre iniciativa e a busca do pleno emprego.

⁹³FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. **Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica**. In: BuscaLegis. Disponível em: < 51 <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28632-28650-1-PB.pdf> >

⁹⁴OLIVEIRA E SOUSA, Mara de. **Descaracterização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica: desconsideração da personalidade societária inversa**. 99-105 f. Dissertação. Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima-MG, 2011. Disponível em: < 52 <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/maraoliveirasousadescaracterizacaodaautonomiapatrimonial.pdf> >

4.3 A imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica, sócio, gerente, administradores e os seus pressupostos constitucionais.

Primeiramente é necessário esclarecer alguns pontos da responsabilidade penal. A responsabilidade penal é sempre pessoal e individual, ou seja, para que o indivíduo possa ser responsabilizado criminalmente é indispensável que este cometa a ação descrita no tipo penal. Ninguém será responsabilizado por uma condição social, hierárquica ou por exercer determinada função se não praticar efetivamente a conduta criminosa. Alberto Silva Franco⁹⁵ ensina:

O inc. XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagrou, entre os princípios constitucionais, em matéria penal, o princípio pessoal da responsabilidade penal. O que se busca, na realidade, significar com o caráter pessoal dessa responsabilidade? Antes de tudo, a responsabilidade penal ‘significa a exigência de um autêntico injusto típico, de realização pessoal, direta ou mediata, ou de colaboração pessoal, num tipo de injusto, com sua parte tanto objetiva como subjetiva: quer dizer, trata-se da exigência de autoria ou de participação. O fundamento é novamente que as sanções penais somente podem ser necessárias, eficazes e idôneas (com todas as conotações político-constitucionais destes princípios) para a prevenção de fatos pessoais ou de descumprimento da responsabilidade pessoal em relação a fatos alheios, mas seriam absolutamente inidôneos e sem sentido para determinar aos cidadãos em relação fatos alheios ou a acontecimentos naturais em cuja realização ou evitação não influíram nem poderiam influir.

Portanto, o sócio não será responsabilizado somente por possuir a condição de sócio, é essencial que este tenha praticado a infração econômica. Sabe-se que a conduta tanto pode ser comissiva e omissiva, e a conduta de não fazer também pode ser considerada prática delituosa. Neste sentido também tem entendido o Superior Tribunal de Justiça⁹⁶:

RHC - PENAL - PROCESSUAL PENAL - PESSOA JURÍDICA - SÓCIO - RESPONSABILIDADE PENAL - DENUNCIA - REQUISITOS - A RESPONSABILIDADE PENAL É PESSOAL. IMPRESCINDÍVEL A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. REPELIDA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TAIS PRINCÍPIOS SÃO VALIDOS TAMBÉM QUANDO A CONDUTA É PRATICADA POR SÓCIOS DE PESSOA JURÍDICA. NÃO RESPONDEM CRIMINALMENTE, PORÉM, PELO SÓ FATO DE SEREM INTEGRANTES DA ENTIDADE. INDISPENSÁVEL O SÓCIO PARTICIPAR DO FATO DELITUOSO. CASO CONTRARIO, TER-SE-Á, ODIOSA RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO. **SER SÓCIO NÃO É CRIME.** A DENUNCIA, POR ISSO, DEVE IMPUTAR CONDUTA DE CADA SÓCIO, DE MODO A QUE O COMPORTAMENTO SEJA IDENTIFICADO, ENSEJANDO POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO DIREITO PLENO DE DEFESA.

⁹⁵ FRANCO, Alberto Silva **Introdução crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 104.

⁹⁶ RHC 2.882/MS, 6ª T., Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, j. 17.08.1993, DJ. 13.09.1993.

A condição de ser sócio não tem o condão de responsabilização penal. Essa responsabilização pode ser imputada a qualquer membro da sociedade empresarial, seja o sócio, gerente, ou administrador que tenha praticado a infração.

O código civil em seu artigo 1080 determina: “As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram” em contrário sensu é possível dizer que o sócio que não concordarem deverão tomar providências para que essas ressalvas sejam registradas.

Outro ponto importante a ser esclarecido sobre a responsabilidade penal é a necessidade da individualização das condutas praticadas pelos agentes empresariais. O código de processo penal é taxativo ao dizer que é imprescindível a individualização das condutas de cada participante no momento de oferecimento da denúncia.

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

As chamadas denúncias genéricas não são aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro, desta forma a mera exposição de que o sócio ou gerente realizava condutas administrativas ligadas à prática empresarial não é suficiente para embasar a denúncia criminal.

Nos crimes praticados pelas sociedades empresárias é extremamente difícil individualizar a conduta dos agentes, o que leva muitas vezes a rejeição da denúncia por esta ser considerada inepta. Conforme entendimento do STJ⁹⁷:

1. Segundo operosa jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a descrição das condutas dos acusados na denúncia dos denominados crimes societários não necessita cumprir todos os rigores do art. 41 do CPP, devendo-se firmar pelas particularidades da atividade coletiva da empresa.
2. Isso não significa que se deva aceitar descrição genérica baseada exclusivamente na posição hierárquica dos envolvidos no comando da empresa, porquanto a responsabilização por infrações penais deve levar em conta, qualquer que seja a natureza delituosa, sempre a subjetivação do ato e do agente do crime.
3. Ordem concedida para trancar a ação penal, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja elaborada com o cumprimento dos ditames legais.

Desta forma, somente poderá se falar em responsabilização criminal de qualquer integrante de sociedade empresarial, seja sócio, gerente ou administrador quando estiverem

⁹⁷ (HC 65.463-STJ, 6ª. Turma, Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25/05/2009).

presente dois requisitos essenciais quais sejam a responsabilidade pessoal subjetiva e individual, somada a individualização das condutas praticadas, para que seja assegurado aos indiciados a ampla defesa.

Visto estes diante da inexistência de lei infraconstitucional que determine a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica por cometimento de crime contra à ordem econômica, passa-se a responsabilizar então as pessoas que trabalham na empresa jurídica e que são responsáveis pela tomada de decisões na figura dos sócios, gerentes e que afetam a ordem econômica do país.

Neste caso, torna-se viável e efetiva a penalidade da prisão preventiva. Pois se estaria imputando a responsabilidade penal efetivamente a quem age na tomada de decisões.

5. CONCLUSÃO

No universo do empreendedorismo, os empresários, por intermédio da pessoa jurídica fazem investimentos de risco, buscam articular interesses que venham de encontro a uma maximização de lucros e, assim, assiste-se sociedades empresárias empregando meios para conseguir este objetivo.

No caso dos grandes grupos econômicos, tem-se associações para o domínio do mercado, colocando as regras da ordem econômica em risco. É compreensível que sejam arrojados nos negócios jurídicos, mas não se pode deixar que extrapolem os limites da lei. Quando ocorrem excessos e a ordem econômica é lesada, faz-se necessário retomar a regulação dessas relações empresariais e aplicar sanções, seja de ordem administrativa, pelo CADE, seja de ordem penal, pelo Direito Penal.

Neste sentido, buscou-se conceituar ordem econômica e seus princípios orientadores, o importante papel desenvolvido pelo CADE na prevenção e investigação dos crimes econômicos e a responsabilização penal dos agentes econômicos infratores, ou seja, a pessoa jurídica.

Sob a ótica da possibilidade de responsabilização dos agentes econômicos que interferem na economia, causando desequilíbrios, da análise feita é possível afirmar que os grupos econômicos quando tem sua conduta individualizada pelos sócios ou gerentes são passíveis de sofrer as sanções penais, tanto quanto prisão cautelar, quando preenchido os requisitos autorizadores. Ocorre que a Constituição Federal prevê a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, mas carece de legislação infraconstitucional para torná-la efetiva, razão pela qual se pune os seus agentes.

Por isso, a importância da proteção da ordem econômica e, os princípios constitucionais econômicos desempenham importante papel contributivo, já que visam assegurar a livre concorrência, a livre iniciativa e atividades de fomento às pequenas empresas. Em virtude da Ordem Econômica de um país ser um setor extremamente importante, não se pode perder de vista que a Constituição Federal deve ser considerada na sua totalidade, para dar efetividade as políticas públicas previstas e outros direitos que são de responsabilidade do Estado.

Dentro deste contexto, a responsabilização penal dos agentes econômicos que praticam os crimes contra a ordem econômica é necessária para garantir que o sistema econômico da Nação não fique à mercê de ataques de grupos empresariais e, no âmbito

administrativo o papel desempenhado pelo CADE é de suma importância para garantir que práticas que atentem contra a livre concorrência e a livre iniciativa não obtenham sucesso.

Ainda cumpre observar a importância de se elencar a garantia da ordem econômica como requisito autorizador da decretação da prisão preventiva, ao agir assim o legislador ofereceu mais um modo de proteção à ordem econômica, assegurando que os princípios constitucionais da ordem econômica sejam devidamente respeitados.

Assim conclui-se que o decreto restritivo cautelar tendo como hipótese autorizadora a garantia da ordem econômica só pode ocorrer nos casos de crimes econômicos, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ao decretar a prisão preventiva o magistrado deve observar em cada caso concreto a real necessidade da medida restritiva da liberdade e se seus requisitos autorizadores estão presentes. E ainda a decretação com base no requisito da garantia da ordem econômica procura-se não tão somente proteger bens econômicos, mas os valores da livre iniciativa, da concorrência e da propriedade privada.

REFERÊNCIAS

- _____. Luiz Regis. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das Sociedades Comerciais: direito da empresa**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ALVIN, Arruda. Código do Consumidor Comentado. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.
- ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo, **Manual do Direito Civil**, 3.ed, São Paulo, Juspvivm, 2014
- ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito** 4. ed. São Paulo: Atlas 2005.
- BOBBIO, N.; MANTTEUCCI, N.; PASQUINO; G. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: UNB: 1998.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2015
- _____. **Código de defesa e proteção do Consumidor** (1990). Código de proteção e defesa do Consumidor. In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo. **Vade Mecum Compacto**
- _____. Lei n. 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
- BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier.
- CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. **Concorrência Desleal: Atos de Confusão**. São Paulo. Saraiva. 2013.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTI, Clóvis. **Desenvolvimento sustentável e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Tomo I. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder . **A Proteção Ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988**. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor | v. 2. 2011DTR\2012\484

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr,2008

_____. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho** | vol. 123/2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P 84.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUGUIT, Leon. Apud TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. **Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica**. In: BuscaLegis.Disponível em: < 51
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28632-28650-1-PB.pdf> >

FIORIM, Bruna **Os direitos humanos em condições de modernidade radicalizada e globalização econômica**. São Paulo. 2006. Dissertação (mestrado em ciências sociais) Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho

FRANCO, Alberto Silva **Introdução crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1990

GASTALDI, Suzana. **O judiciário contra as máscaras societárias no Direito de Família: a desconsideração inversa da personalidade jurídica**. Disponível em:<<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/o-judiciariocontra-as-mascaras-societarias-no-direito-de-familia-a-desconsideracao-inversa-da-personalidade-juridica/1956/>>

GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de La justicia**. 1986.

GOMES, Luiz Souza. **Dicionário econômico-comercial e financeiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira S.A., 1962.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREGG, Samuel. **A propriedade privada e o bem público**. Disponível em: <<http://www.cieep.org.br/home.php?page=artigossemana&codigo=507>>.

GUEDES, Marco Aurelio. **Estado e ordem econômica e social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HC 65.463-STJ, 6ª. Turma, Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25/05/2009

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, n. 52, out.-dez. 2004.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2004.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MELLO, Bruno Cardoso Bandeira de. **O papel da redução do IPI no combate aos efeitos da crise econômica mundial no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8640>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de **O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 6 Mai / 2011 DTR\2012\1153

MIRABETE, Júlio Fabrini **Código de processo penal interpretado**. 7. ed., São Paulo, Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Centelha: Coimbra, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA E SOUSA, Mara de. **Descaracterização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica: desconsideração da personalidade societária inversa**. 99-105 f. Dissertação. Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima-MG, 2011. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/maraoliveirasousadescaracterizacaodaautonomiapatrimonial.pdf>>

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PENA, Rodolfo F. Alves. "**Fases do capitalismo**"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/fases-do-capitalismo> >Acesso :

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins, 1960.

Revista Exame disponível em < <http://exame.abril.com.br/brasil/procuradoria-denuncia-val-marchiori-por-crime-do-colarinho-branco/> r Julia Affonso, Mateus Coutinho e Fausto Macedo 19 maio 2016.

RHC 2.882/MS, 6ª T., Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, j. 17.08.1993, DJ. 13.09.1993.

RHC 43118 PR 2013/0396395-5 disponível em

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153679045/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-43118-pr-2013-0396395-5> Acesso em:

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4633>.

SARAIVA. 5ª Ed. São Paulo: SARAIVA, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001.

SCHUR, Edwin M. **Labeling deviant behavior: its sociological implications**. New York:Harper & Row, 1971.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo. Malheiros. 2005.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

TJ-DF - **HBC: 20150020222653**, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 10/09/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/09/2015 . p. 90

TJ-RN - Habeas Corpus com Liminar HC 140102 RN 2011.014010-2 (TJ-RN) Data de publicação: 10/11/2011

TJ-RS - HC: 70049517246 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 18/07/2012, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/08/2012.

TJ-SP - **APL: 00182658620028260032 SP 0018265-86.2002.8.26.0032**, Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro, Data de Julgamento: 09/06/2015, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/06/2015

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 3.

TRF-1 - **APELAÇÃO CIVEL : AC 13622 DF 2003.34.00.013622-4** disponível em <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22630054/apelacao-civel-ac-13622-df-20033400013622-4-trf1>>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILAÇA, José Luiz Cruz. **Regras de Concorrência, abuso da posição dominante**. ISEG. 2008.