

Os agentes da criminalidade económica: análise criminológica a partir da prática de cartel

The agents of economic crime: criminological analysis from cartel practice

Flávia Novera Loureiro¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Este artigo discute os princípios da criminologia econômica, apresentando os seus relevantes aspectos científicos, focando o fenômeno do crime de cartel, e analisa os infratores, classificando-os como sendo de baixa, média e alta frequência.

Palavras-chave: Criminalidade económica. Cultura corporativa criminógena. Crime de cartel. Tipologia dos infratores.

Abstract: This article discusses the principles of the white-collar crime, presenting its relevant scientific aspects, focusing on the phenomenon of cartel, and analyzes and classifies offenders as low, medium and high frequency.

Keywords: Economic criminality. Criminogenic corporate culture. Cartel. Typology of offenders.

1. Apresentação do problema

Ensaia-se neste trabalho uma análise criminológica da criminalidade económica e dos respetivos agentes, a partir de uma perspectiva particular: a da prática de atos suscetíveis de configurar um específico atentado à liberdade de concorrência, o cartel¹. Alguns avisos prévios se impõem, portanto, face ao tema assim delimitado.

¹ Doutora em Ciências Jurídicas. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Investigadora Integrada do JusGov – *Research Centre for Justice and Governance*.

¹ De há algum tempo a esta parte, vimos votando a nossa atenção ao estudo da criminalidade económica, não apenas de uma perspectiva jurídico-penal estrita, mas tentando igualmente um enfoque mais amplo e compreensivo, que não pode deixar de passar pelo contributo criminológico. Este trabalho corresponde, assim, em grande medida, a um outro já publicado (FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, “A criminalidade económica e os seus agentes sob a perspectiva criminológica - análise a partir da prática de cartel”, in *Liber Amicorum Manuel*

O primeiro deles diz respeito, naturalmente, aos pressupostos metodológicos ou, se se preferir, ao enfoque particular da autora: é uma jurista a refletir sobre a criminalidade económica que se encontrará nestas páginas, ainda que se tente a abordagem criminológica. É, por isso, um exercício de «criminologia jurídica» aquele que aqui se leva a cabo. Naturalmente, a reflexão tenta levar em linha de conta os contributos fornecidos por outras áreas científicas, como aliás é próprio – diríamos intrínseco – da criminologia, mas não pode senão afirmar-se este pressuposto, que é imanente ao sujeito e seguramente se repercutirá no texto.

Depois, um outro respeitante ao próprio objeto. Qualquer reflexão que pretenda fazer-se a respeito da criminalidade económica – seja numa perspetiva dogmático-penal, seja com um enfoque criminológico; centre-se numa abordagem substantiva, ou opte, antes, por uma aproximação processual – encara sempre um primeiro problema de base: o da definição (ou delimitação, se se preferir) do que seja e deva entender-se por criminalidade económica. O conceito afigura-se particularmente fluido, sem especial enraizamento dogmático², usualmente associado a outros designativos (criminalidade económico-financeira, criminalidade económica e organizada, criminalidade económico-empresarial, *etc.*), pelo que não é fácil saber exatamente a que devemos referir-nos quando pretendemos tratar este tipo de criminalidade³. Nascida, se

Simas Santos, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 467-487) e busca as suas raízes na pesquisa e na reflexão que desenvolvemos para a nossa tese de doutoramento, onde nos dedicámos a analisar o problema da necessidade de criminalização da prática de cartel: cf. FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017.

² Veja-se que o Código Penal português não faz qualquer referência a crimes económicos (fala apenas de *crimes contra o património*, nos arts. 202.º e ss. – e dentro destes em *crimes contra a propriedade, crimes contra o património em geral, crimes contra direitos patrimoniais e crimes contra o setor público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente*). É em legislação avulsa que abunda o tratamento deste tipo de criminalidade, muito embora sem uniformidade quanto à designação. A lei n.º 28/84, de 20 de janeiro – marco fundamental no tratamento moderno desta matéria –, optou falar em *infrações antieconómicas* (e contra a saúde pública), enquanto, por sua vez, a lei n.º 36/94, de 29 de setembro (com diversas alterações posteriores), fala já em medidas de combate à corrupção e *criminalidade económica e financeira*, agregando a corrupção a esta criminalidade, e a lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (retificada pela declaração de retificação n.º 5/2002, de 6 de fevereiro, e sucessivamente alterada), estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e *económico-financeira*.

³ A Organização das Nações Unidas ensaiou no seu 11.º Congresso sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal, que decorreu na Tailândia, em 2005, uma aproximação à definição desta criminalidade, estabelecendo que crime económico-financeiro seria “toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda financeira” (documento informativo UNODC, UnisVienna n.º 5 a respeito do 11.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal, disponível em www.unis.unvienna.org). O conceito é conscientemente largo, abrangendo um amplo leque de atividades ilegais (entre as quais, a ONU destaca, desde logo, a fraude, a corrupção, a evasão fiscal e o branqueamento de capitais) e apelando a uma conceptualização mais precisa por parte da doutrina. Cf. o que a este propósito tivemos já oportunidade de dizer em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira”, in *IV Congresso de Processo Penal – Memórias*, Almedina, 2016, pp. 187-207, *maxime* pp. 195 e ss.

quisermos, da noção de *white collar criminality*, esta parece querer referir-se, em sentido lato, aos crimes não violentos, motivados por razões financeiras e praticados por profissionais ligados à atividade económica. Esta é, todavia, uma malha demasiado larga. E é-o, como tem sido sublinhado⁴, por não se tratar de um conceito técnico-jurídico (jurídico-penal, em sentido estrito), mas de um conceito operativo ou instrumental, que traduz já um conjunto de tipos de crimes pré-existentes.

No nosso exercício concreto – apresentando, pois, um terceiro conjunto de considerações prévias, umbilicalmente ligadas com as anteriores –, partimos para a análise da criminalidade económica através de um específico conjunto de condutas, que têm, no ordenamento jurídico português, a particularidade de não serem consideradas como criminosas. São-no noutros lugares, já o foram entre nós noutros tempos, e afiguram-se-nos, também por isso, especialmente carecidas de reflexão ponderada. Adentramos, pois, terreno particularmente movediço quando perspetivamos este estudo a partir de atos atentatórios da concorrência, em particular da prática de cartel⁵. Em boa verdade, poder-se-á dizer – em consonância com a matriz criminológica que aqui pretendemos manter – que a criminalidade económica de que aqui tratamos não o é em termos técnico-jurídicos, muito embora (ou talvez por isso mesmo) pretendamos discutir se o não será em termos sócio-criminológicos e, portanto, se não deverá a legislação acompanhar essa perceção comunitária.

⁴ Cf. JORGE DOS REIS BRAVO, *Para um Modelo de Segurança e Controlo da Criminalidade Económico-financeira – Um Contributo Judiciário*, Observatório de Economia e Gestão de Fraude, Working Papers, n.º 18, 2013, p. 16. Chamando já a atenção para este problema, a propósito da criminalidade organizada, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 71, março-abril 2008, pp. 14 e ss.

⁵ A expressão direito da concorrência não é unívoca, podendo mesmo ser enganadora quanto ao seu âmbito material, uma vez que, parecendo abarcar todo o regime jurídico relacionado com o exercício da concorrência, é usualmente utilizada, em Portugal, para significar apenas o direito da proteção da concorrência (também conhecido por direito da defesa da concorrência, direito da liberdade de concorrência, ou direito das práticas restritivas da concorrência). Fica, pois, de fora do seu círculo de atuação uma outra área da concorrência que, desde muito cedo, se autonomizou daquela: a proteção da lealdade da concorrência, comumente designada por concorrência desleal. Dentro do direito da liberdade de concorrência, por sua vez, existem diversas áreas dogmáticas, que podemos agrupar em três grandes núcleos: as práticas anticoncorrenciais (cartel e abusos de posição dominante), o controlo das operações de concentração de empresas e as regras respeitantes aos auxílios estatais. Ainda aqui, todavia, tem vindo a fazer-se sentir uma tendência de fragmentação das diversas áreas, podendo mesmo identificar-se uma certa propensão para autonomizar o direito das práticas restritivas, cada vez mais conhecido como direito anticartel ou direito antitrust. Cf., por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 15-16 e 87 e ss., para quem a concorrência desleal faz, efetivamente, parte de um amplo direito da concorrência; e SERAFIM PEDRO MADEIRA FROUFE, *A Reforma do Direito Comunitário da Concorrência: o sentido descentralizador e/ou re-centralizador do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (dissertação de doutoramento)*, Braga: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/11261/1/TESE.pdf>, 2009, pp. iii.

2. A criminalidade económica e a criminalidade empresarial: relevância criminológica e principais características

Não é nova a reflexão acerca da criminalidade económica a partir de uma perspetiva sócio-criminológica, que busca explicações a respeito das causas deste tipo de crimes e, simultaneamente, dos seus agentes. Quando Sutherland, em 1939, apresentou o conceito de *white-collar crime*, no seu discurso dirigido à Sociedade Americana de Sociologia⁶, inaugurou um longo debate a respeito da criminalidade praticada por indivíduos pertencentes a estratos sociais mais altos⁷, matéria que, até então, era bastante negligenciada pelos estudiosos do crime⁸. O delinquente deixa de ser necessariamente o indivíduo pertencente a uma classe económico-social baixa, motivado pela ausência de recursos ou por razões de ordem psicológica e social relacionadas com a pobreza (debilidade mental, desvios psicopáticos, «bairros de lata», famílias desestruturadas e deterioradas).

Ao lado dessa criminalidade tradicional, esmagadoramente representada na população prisional⁹, surge, então, esta «nova» criminalidade ocupacional, ligada à atividade profissional

⁶ Cf. EDWIN H. SUTHERLAND, "White Collar-Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1940, pp. 1-12. Na verdade, antes de optar por esta formulação, SUTHERLAND havia utilizado a expressão "*white-collar criminaloid*" (no seu manual *Principles of Criminology*, em 1934), por influência de um artigo publicado alguns anos antes pelo sociólogo EDWARD ALSWORTH ROSS, "The Criminaloid", *Atlantic Monthly*, 99, 1907, pp. 44-50.

⁷ Muito embora, como se verá, não pretendesse o Autor delimitar a *white collar criminality* de acordo com o nível económico ou social do seu agente, mas tendo, antes, como critério o âmbito dentro do qual os factos eram praticados: a atividade económica empresarial. Tendo em atenção, todavia, que esta atividade era (é) desenvolvida sobretudo por pessoas pertencentes àqueles estratos sociais, acabou por derivar para uma discussão também sobre esse tema, numa certa confusão de fronteiras que nem sempre é fácil de discernir.

⁸ Se EDWIN H. SUTHERLAND cunhou definitivamente o estudo deste tipo de criminalidade, promovendo uma discussão académica sem precedentes em seu redor, tal não significa, obviamente, que tenha sido ele o primeiro a considerar a criminalidade própria das classes privilegiadas. Já antes dele, ainda no século XIX, o jurista e sociólogo francês GABRIEL TARDE havia refletido sobre o modo como as pessoas de estratos sociais mais baixos cometiam transgressões imitando as de classes superiores. Do mesmo modo, também CHARLES HENDERSON e ALBERT MORRIS tinham, antes do trabalho de EDWIN H. SUTHERLAND, estudado o problema. Cf. as referências históricas de enquadramento feitas por RONALD J. BERGER, *White-Collar Crime: the Abuse of Corporate and Government Power*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2011, pp. 3 e ss.

⁹ Como sublinha EDWIN H. SUTHERLAND, "White Collar-Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1940, pp. 1-2, "[t]he criminal statistics show unequivocally that crime, as popularly conceived and officially measured, has a high incidence in the lower class and a low incidence in the upper class; less than two percent of the persons committed to prisons in a year belong to the upper class. These statistics refer to criminals handled by the police, the criminal and juvenile courts, and the prisons, and to such crimes as murder, assault, burglary, robbery, larceny, sex offenses, and drunkenness, but exclude traffic violations", o que conduziu os criminólogos a uma explicação do crime baseada nas condições sócio-psicológicas associadas à pobreza. Mas, como o Autor alerta também "[t]he conventional explanations are invalid principally because they are derived from biased samples. The samples are biased in that they have not included vast areas of criminal behavior of persons not in the lower class. One of these neglected areas is the criminal behavior of business and professional men".

das elites económicas¹⁰, sobretudo relacionada com os denominados «homens de negócios»¹¹ e com as respetivas empresas e indústrias. Falamos, portanto, de comportamentos que são usualmente dissimulados na atuação legítima de empresas e que são praticados por pessoas com poder económico e político, que frequentemente usam essa influência quer para a perpetração dos atos delinquentes, quer para a sua posterior dissimulação, quer, ainda, para escapar às malhas da justiça, quando o problema venha eventualmente a ser suscitado.

Naturalmente, ficam de fora desta classificação – como ficavam, aliás, já na análise de Sutherland – uma grande quantidade de crimes praticados por pessoas pertencentes às classes socioeconómicas elevadas (v.g. homicídio, ofensas à integridade física, violência doméstica, etc.), na medida em que não está aqui em causa, específica e unicamente, a pertença a um determinado estrato social, mas a criminalidade ocupacional dele decorrente. Os «crimes de colarinho branco» não são, por isso, todos aqueles que são praticados por um determinado conjunto de indivíduos, mas, mais propriamente, aqueles que são praticados por todos aqueles que exerçam um certo tipo de profissões ou funções¹².

A sua exata delimitação (quais sejam, afinal, os comportamentos que pertencem a esta categoria) não é, todavia, inequívoca e suscita ainda hoje algumas dificuldades. Havendo relativo consenso quanto aos dois grandes grupos inicialmente apresentados pelo referido criminólogo norte-americano – *corporate crime* e *government crime* –, a enumeração exata das condutas que quadram a cada uma dessas espécies apresenta-se um pouco mais difícil¹³.

Além deste problema conceitual, as principais dificuldades conexas com este tipo de criminalidade podem ser agrupadas em dois grandes núcleos: por um lado, a deteção e investigação dos atos em causa, dada a sua natureza altamente técnica e o secretismo e

¹⁰ Esta criminalidade é também conhecida por criminalidade de elite. Cf., v.g., DAVID R. SIMON, *Elite Deviance*, Boston: Allyn and Bacon, 1999 (6.ª ed.), *passim*.

¹¹ Salienta CHRISTOPHER HARDING, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14, 2006, p. 182, que há ainda nesta tipologia de crime uma marcada perspectiva de género, sendo raras as mulheres que, até hoje, têm sido relacionadas com estas práticas. Muito embora o Autor não avenge hipóteses explicativas para o fenómeno, parece-nos que – sem prejuízo das idiosincrasias da criminalidade feminina – a principal causa para uma tal disparidade está relacionada com a ainda difícil ascensão da mulher aos cargos de topo da atividade empresarial.

¹² Ver, a propósito, MICHAEL L. BENSON e SALLY S. SIMPSON, *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009, p. 5. Os Autores partem da definição de SUTHERLAND para depois encetarem uma análise baseada na estrutura de oportunidades necessária para o cometimento de «crimes de colarinho branco».

¹³ Ver, a este propósito, MARSHALL B. CLINARD e PETER C. YEAGER, *Corporate Crime*, New York: The Free Press, 1980; pp. 1 e ss.; JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 115 e ss.; e RONALD J. BERGER, *White-Collar Crime: the Abuse of Corporate and Government Power*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2011, p. xi e ss.

dissimulação que os acompanha; por outro, a aplicação de sanções adequadas, consideradas as especificidades dos agentes em causa, a sua atuação usualmente mediada por uma organização (pessoa coletiva ou jurídica) e as necessidades impostas pelas finalidades da punição.

Na verdade, dadas as características específicas da criminalidade em causa, o mero conhecimento do facto suscetível de configurar um crime é relativamente raro e, quando sucede, já passou habitualmente longo tempo sobre a data em que tal ato ocorreu. Isto sucede quer porque estamos perante comportamentos que são usualmente levados a cabo dentro de estruturas organizacionalmente complexas, camuflados sob a aparente legalidade do exercício da atividade de uma empresa, e, por isso mesmo, sujeitos aos particulares laços de silêncio, de lealdade e de secretismo próprios destes organismos, quer porque as vítimas de tais ações são usualmente difusas ou, quando determinadas ou individualizáveis, muitas vezes nem sabem que o são, tendo em conta o nível técnico dos atos em causa¹⁴ e a dissimulação dos mesmos¹⁵.

A este desconhecimento ou notícia tardia dos comportamentos ilícitos, junta-se, por outro lado, a especial dificuldade na investigação e recolha de provas, pois que, tratando-se de domínios técnicos especializados, a prova se apresenta como particularmente complexa, normalmente dependente de perícias e da análise de um muito extenso conjunto de documentos, quase sempre relacionado com dados contabilísticos e bancários. Se juntarmos a estes, fatores como a internacionalização das empresas e a globalização económica, geradoras uma liberdade de circulação de pessoas e bens e de um fluxo de capitais sem precedentes, e a imaterialidade das transações decorrente da velocíssima capacidade de inovação tecnológica (com os problemas resultantes, por exemplo, da necessidade de prova digital), compreendemos sem dificuldade a razão pela qual o apuramento destes factos se torna particularmente árduo, sobretudo face à falta de meios humanos especializados.

Por outro lado, ainda que se ultrapasse o problema da averiguação e recolha de prova, um outro conjunto de dificuldades se apresenta quanto à possibilidade de punição dos comportamentos em causa. Em primeiro lugar, surge a questão de saber quem é o agente, uma vez que estamos perante criminalidade ocupacional ou organizacional e os factos suscetíveis de serem considerados criminosos são normalmente praticados no âmbito de uma pessoa jurídica.

¹⁴ Imagine-se, por exemplo, o caso dos investidores ou dos pequenos acionistas de uma empresa que se evade ao pagamento de impostos.

¹⁵ Será o caso, que em particular nos interessa, dos consumidores afetados por uma prática restritiva da concorrência, por exemplo, um acordo entre empresas para a fixação do preço de certo bem.

Estaremos, assim, perante um criminoso individual, que apenas opera no seio de uma organização, devendo aquele ser responsabilizado nos moldes habituais, ou enfrentaremos, antes, um «criminoso coletivo», isto é, a atuação em causa, não podendo ser reconduzida a cada um dos indivíduos participantes na organização, não deverá ser antes imputada ao próprio ente coletivo¹⁶?

A resposta a esta questão coloca dúvidas sérias do ponto de vista da dogmática jurídico-penal¹⁷, mas também não menos relevantes perplexidades sob a perspetiva criminológica, uma vez que importará aferir se existe uma especial qualidade «criminogenética» por parte destas estruturas organizacionais, ou se, pelo contrário, as causas e explicações do desvio continuam a dever procurar-se no indivíduo ou no conjunto dos indivíduos que as compõem¹⁸.

De acordo com alguns Autores¹⁹, na verdade, há uma cultura própria nestas organizações que rege, desde logo, o seu relacionamento com a lei e a capacidade para fazer uma leitura mais ou menos tolerante das imposições normativas quando estão em causa benefícios para o ente coletivo. Empresas que aceitam ou toleram atos pouco éticos ou mesmo ilícitos praticados pelos seus funcionários ou agentes, quando tais comportamentos geram uma vantagem para a própria empresa, criam uma cultura de desrespeito pela lei, de contradição com as regras estabelecidas que é aprendida e interiorizada como todas as demais práticas empresariais²⁰.

¹⁶ Colocando estas questões e buscando hipóteses de resposta, assentes quer em pressupostos criminológicos, quer em regras jurídico-dogmáticas, cf. CHRISTOPHER HARDING, *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007, pp. 121 e ss.

¹⁷ Questões que têm vindo a ser muito debatidas no âmbito da possibilidade e adequação dos regimes de responsabilidade penal de pessoas jurídicas que, havendo sido negados durante tanto tempo, têm recentemente recebido acolhimento em muitas legislações. No caso português, cf., por todos, MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, "A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas - Novas Perspectivas", in *Direito Penal Económico*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1995, pp. 107-187; JORGE DOS REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009, *passim*; e FERNANDO TORRÃO, *Societas Delinquere Potest? da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "Crimes de Empresa"*, Coimbra: Almedina, 2010, *passim*.

¹⁸ Cf. ROBERT APEL e RAYMOND PATERNOSTER, "Understanding 'Criminogenic' Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment-Crime Relationship", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, pp. 15-33.

¹⁹ Ver, por todos, CHRISTOPHER HARDING, *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007, pp. 221 e ss.; e JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 15 e ss.

²⁰ Cf. as reflexões de MAURICE PUNCH, "The organizational component in corporate crime", in *European Developments in Corporate Criminal Liability*, London: Routledge, 2011, pp. 101-113, onde o Autor sublinha a existência de um sistema organizacional paralelo, de um código operacional dissimulado dentro das empresas, que efetivamente rege o modo como a atividade deve ser levada a cabo e, entre outras coisas, a interação com as imposições e proibições legais: "[f]irstly, empirical analysis of corporate criminality is

Assentam, pois, estas teorias na natureza social do comportamento coletivo, que se repercute na divergência de atuação do indivíduo quando age não enquanto tal, mas dentro de uma estrutura associativa, assimilando as características, os objetivos e os meios de agir da organização e encarando-a como um ente «real», que influencia a sua conduta pessoal e profissional²¹. Ora, dentro dessa outra realidade que a empresa, a organização económica, constitui, o indivíduo age de acordo com os padrões coletivos que lhe foram transmitidos, com a aculturação a que esteve sujeito, com o *ethos* específico da entidade em causa.

De tal modo que podem mesmo identificar-se, segundo Gobert e Punch²², dois tipos de indústrias ou de atividades empresariais, conforme a sua tendência mais ou menos vincada para a prática de atos penalmente relevantes: as «*crime-facilitative industries*» e as «*crime-coercive industries*». No primeiro caso, as atividades são facilitadoras de crimes, uma vez que, pela sua natureza ou características, oferecem oportunidades de obtenção de benefícios através da prática de atos criminosos com baixo risco de deteção²³; na segunda hipótese, estaremos a falar de atividades no seio das quais as empresas se veem praticamente forçadas a cometer crimes de modo a assegurarem a sua sobrevivência²⁴.

Não significa isto, naturalmente, que se afirme, sem mais, que todas as empresas são inerentemente criminógenas, antes se pretende chamar a atenção para a existência de um conjunto de fatores situacionais específicos que podem ajudar a compreender as causas e os

problematic because virtually every study of organizations reveals that, apart from the formal structure, there is an informal system or 'shadow' organization where, behind the glossy corporate front and the public relations rhetoric, there is an 'operational code' about how the company really operates and how things really get done. Under the surface there are practices which may enhance organizational aims – such as price-fixing mentioned above or using bribery to ensure contracts in certain markets – or may, as in some forms of fraud or industrial enterprise, expose the organization to legal liability” (p. 103).

²¹ Idem, p. 102.

²² Ver JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 23 e ss.

²³ Quanto à análise destas oportunidades, fizemos já referência ao trabalho de MICHAEL L. BENSON e SALLY S. SIMPSON, *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009. Cf., no Brasil, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, “A Criminologia Empresarial: why good people do dirty work”, in *Criminalidade Económica e Empresarial: Escritos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros*, São Paulo: Tirant lo Balch, 2022, pp. 107-125.

²⁴ Este é, aliás, mesmo do ponto de vista histórico, um dos argumentos mais habitualmente apresentados pelos participantes em práticas restritivas da concorrência – sobretudo em cartéis – para explicar a razão da sua atuação: a estreitíssima margem de lucro e os altos custos que os forçam a repartir quotas de mercado de modo a garantir um determinado nível de produção para todas as empresas, sob pena de não poderem garantir a sobrevivência da empresa; ou, por outro lado, a circunstância – muitas vezes aliada à anterior – de entrarem num mercado onde virtualmente todos os competidores praticam atos restritivos, impondo-se-lhes uma atuação semelhante e muitas vezes coligada. Cf., a propósito, CHRISTINE PARKER, “Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality”, in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 239-262.

formatos da criminalidade empresarial²⁵. Não corresponderá, pois, a criminalidade empresarial a uma atuação penalmente ilícita vulgar, levada a cabo por um qualquer delinquente (por um criminoso comum), à qual apenas se apõe uma condição de lugar: a sua prática decorra no seio de uma atividade empresarial. Aquilo que estas teorias pretendem sublinhar é a existência de uma natureza e de uma estrutura próprias das organizações económicas que, aliadas a fatores sociais, económicos e culturais específicos do meio em que aquelas estão inseridas, ajudam a promover uma atitude de aceitação do risco e de flexibilização ética que faz com que a prática de atos ilegais e, mesmo, criminosos, se torne um ato banal e não autocensurado²⁶.

Ora, considerar que assim é – que as empresas não são apenas um instrumento acessório na prática de um determinado ato ilícito, mas podem antes desempenhar um papel determinante na decisão criminosa e na sua configuração, revertendo, aliás, para elas o benefício obtido com a conduta – impõe, como dissemos, uma reflexão acerca da dogmática jurídico-penal implicada e das suas consequências práticas. De facto, não deveremos falar aqui de responsabilidade penal da própria empresa, uma vez que o crime é «produto» dela, resultado, afinal, da sua específica «realidade», em benefício de quem, para mais, correm os ganhos? Fará sentido tentar imputar a responsabilidade pelos atos em causa ao diretor, ao executivo, ao agente que estará (se se conseguir apurar quem é) por trás da manifestação exterior do ato?

O problema, se convoca a tão intrincada e debatida questão da responsabilidade penal das pessoas coletivas ou jurídicas, tem igualmente uma perspetiva causal-explicativa de base, sobretudo quando a empresa em apreço seja «reincidente»²⁷ e utilize um processo de substituição²⁸ dos agentes que, entretanto, tenham porventura vindo a ser implicados na prática de um qualquer ato proibido. Parece acentuar-se, nestes casos, aquela característica criminógena da organização, que independe mesmo dos concretos indivíduos que contribuam para a levar a

²⁵ E que, desde logo, nos podem ajudar a compreender por que razão uma empresa embarca em atuações criminosas enquanto outra, colocada num circunstancialismo similar, o não faz.

²⁶ Vejam-se, a este propósito, as considerações expendidas por JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 14 e ss.

²⁷ Não usamos aqui o termo em sentido técnico-jurídico exato, sobretudo à luz da nossa legislação penal. Lançamos mão da sua significância mais lata, querendo apenas indicar a circunstância de a empresa em causa repetir o comportamento ilícito (que pode, em boa verdade, nem ser considerado crime à luz da legislação em vigor num dado tempo e lugar).

²⁸ Este processo de substituição é relativamente comum, sobretudo em empresas de grande dimensão, que, face a uma investigação por prática de atos ilícitos, imputam ou deixam ser imputada a responsabilidade a um seu agente (normalmente um alto quadro executivo), que é afastado, usualmente recebendo uma compensação muito significativa, e depois substituído por outro – que agirá também dentro da estrutura e da cultura procedimental da organização. Há, nestes casos, uma total fungibilidade dos indivíduos.

cabo. O que, além do enfoque etiológico, suscita ainda uma outra questão fundamental: a das penas a aplicar à empresa e/ou aos seus agentes quando o ato for considerado crime²⁹.

3. O «cartelista» como criminoso

Abstraindo, pois, das considerações respeitantes à adequação de uma responsabilidade coletiva (da empresa) ou individual (do agente) ou da possível cumulação de ambas, importamos, nesta tentativa de colocação do problema sob a perspectiva criminológica, procurar atributos específicos do criminoso empresarial e, encontrando-os, verificar se tais predicados podem igualmente identificar-se na pessoa que pratica atos de restrição da concorrência, em particular atos de cartelização. Uma perspectiva que, tal como afirmámos, tem na prática de cartel o seu mote e a sua justificação, mas não se pretende restrita a essa realidade, antes se nos afigura poder servir de tentativa de hipótese compreensiva se não de toda a realidade económica ao menos de uma sua fatia significativa.

É comum afirmar-se que quer as empresas quer os seus executivos atuam de acordo com padrões de racionalidade e de análise de riscos, plenamente conscientes, portanto, tanto das suas ações como dos respetivos resultados. Vulgarizou-se, aliás, não apenas em relação aos crimes económicos, mas muito especialmente quanto a eles, a ponderação de custos e benefícios própria da análise económica do direito, assente nessa particular lógica e objetividade supostamente caracterizadora da atividade empresarial.

Uma tal compreensão do processo decisório das empresas e dos seus executivos pode afigurar-se relevante em termos de análise da responsabilidade criminal, pois que para a averiguação da imputação penal se mostra essencial a intencionalidade do agente, o seu dolo ou negligência na prática dos factos relevantes – o que seria certamente mais fácil de demonstrar se nos baseássemos nesta racionalidade intrínseca da decisão empresarial. Sendo certo que a tomada de decisões no seio de uma organização económica se pauta habitualmente por fatores que têm em linha de conta a avaliação de ganhos e prejuízos, não pode, todavia, escamotear-se que é frequente as decisões refletirem igualmente outro tipo de preocupações, não facilmente

²⁹ Aspeto que, tendo merecido já a nossa atenção noutra sede, não trataremos aqui em particular, por extrapolar já o escopo e o espaço deste trabalho.

mensuráveis em termos de custos e benefícios, como por exemplo os danos que certo comportamento pode causar ao bom nome e reputação da empresa³⁰.

Por outro lado, é preciso ter em linha de conta que certos fatores contextuais e institucionais podem afetar essa racionalidade específica do processo de decisão empresarial, tornando-a limitada ou diminuída³¹, desde logo porque não será comum que uma organização possua toda a informação relevante para uma dada resolução, mas antes que trabalhe sobre dados incompletos. Além de que, por vezes, as decisões tomadas podem apresentar-se mesmo plenamente irracionais, sobretudo quando o decisor em causa entra numa espiral patológica ou mesmo de autodestruição, tomando decisões a todos os níveis absurdas apenas com o objetivo único de esconder ou adiar a descoberta de um problema existente³².

Ainda que não se atinja este nível de irracionalidade próprio de quem já nada tem a perder, a verdade é que muitos outros fatores que não a análise lógico-objetiva dos custos e benefícios económicos para a empresa entram em linha de conta no processo decisório de um determinado administrador ou dirigente. Muitos deles relacionados, aliás, com atributos individuais, como sejam a específica competência em determinada matéria ou a particular sensibilidade ou aversão ao risco³³, ou com interesses pessoais, nomeadamente quanto à carreira e respetiva remuneração.

Todos estes elementos acabam por constituir um grande feixe de determinantes na atuação dos empresários e administradores, condicionando a sua decisão quanto ao respeito ou violação pela norma e correspondente prática de atos ilícitos, porventura penalmente relevantes. E por se refletir, igualmente, nos mecanismos de defesa e técnicas de dissociação que vão ser

³⁰ Chamando a atenção para estes aspetos, JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, p. 18 e ss.; CHRISTOPHER HARDING, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14, 2006, pp. 181-205, e "The Anti-Cartel Enforcement Industry: Criminological Perspectives on Cartel Criminalisation", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 359-380.

³¹ De "bounded rationality" nos falam JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, p. 19, afirmando que "organizations rarely possess total information on a given topic and are forced to make choices on the basis of incomplete data".

³² JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *op. et loc. ult. cit.*, dão o exemplo de Robert Maxwell, um proeminente empresário do setor da imprensa e membro do Parlamento inglês, que acabou por perder o controlo sobre as suas finanças e tomar um conjunto de decisões desesperadas que conduziram à sua fuga e talvez mesmo ao seu eventual suicídio.

³³ Na verdade, é comum apontar-se aos altos dirigentes empresariais uma específica falta de perceção do risco ou uma muita seletiva compreensão dos factos e das suas consequências. *Idem, ibidem*.

empregues, quer pelos indivíduos, quer pelas próprias empresas, na tentativa de se distanciarem dos crimes que eventualmente acabem por cometer.

Efetivamente, a generalidade dos estudos votados a este tipo de criminalidade costuma sublinhar que o alto quadro de uma empresa que comete um crime não corresponde ao estereótipo comum do delinquente de rua (apesar das limitações inerentes a uma tal classificação), que é usualmente jovem, profundamente hedonista, muito provavelmente fazendo parte de um grupo de pares fortemente unidos e com uma predileção para a quebra de regras e o desafio à autoridade³⁴. Tratam-se, neste caso, de indivíduos que exibem frequentemente uma tendência para serem impulsivos, insensíveis e temerários, obtendo prazer com o desrespeito pela norma, mas a tendência para a prática de atos com relevo criminal tende a decrescer com a idade³⁵.

Segunda esta abordagem «clássica»³⁶, os dirigentes empresariais que se envolvem na prática de atos criminosos (*white-collar criminals*) não partilham da maioria destas características, apresentando um comportamento completamente distinto e sendo determinados por motivos muito diferentes. Na maioria das vezes, correspondem a «cidadãos-modelo», de estratos económicos médios ou altos, bem-educados, com estudos, perfeitamente integrados na comunidade (onde usualmente até desempenham papéis de destaque sociopolítico) e sem antecedentes criminais³⁷. A sua atitude diária não é de confrontação com a norma, mas de respeito e defesa dela, sendo pessoas ponderadas e capazes de lidar com o mecanismo de adiamento da recompensa, pois que estão habituados a fazê-lo ao longo da sua progressão profissional. Por todas estas razões, este é também um agente que tende a praticar os atos delinquentes mesmo numa idade mais avançada, aparecendo como um criminoso oportunista:

³⁴ Cf. JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 18 e ss; CHRISTOPHER HARDING, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14, 2006, pp. 181-205, e *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007; e NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, pp. 153-171.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Como veremos em seguida, tem vindo a chamar-se a atenção para a estreiteza desta leitura, defendendo-se um estudo muito mais aprofundado dos «criminosos de colarinho branco», de modo a permitir a descoberta das variáveis que existem debaixo desta classificação genérica. Têm sido propostas, aliás, como exporemos *infra*, análises que distinguem espécies diferentes dentro deste género, sendo que, em algumas delas (pelo menos, na dos criminosos persistentes ou de alta frequência), o afastamento em relação à criminalidade dita comum ou de rua é muito menos vincado do que poderia julgar-se.

³⁷ Ver JAMES GOBERT e MAURICE PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003, pp. 21 e ss.: "[t]ipically, the corporate executive who commits an offence is, in most respects, a model citizen, with no criminal record or any of the stereotypical character traits of the common criminal" (p. 21).

é face ao surgimento de específicas oportunidades empresariais que ele equaciona a possibilidade de violar a lei, de modo temporário e instrumental³⁸.

Ao contrário do delinquente que têm orgulho na sua carreira criminal, o executivo de empresa quer usualmente evitar o estigma penal, seja para preservar a sua imagem, seja simplesmente para furtar-se à responsabilidade. Assim, estes agentes procuram dissociar-se do ato, de modo a afastar-se das consequências criminais das suas decisões. É, por isso, comum que não sejam eles a executar a conduta proibida, mas que criem condições para que os que estão à sua volta, trabalhando para si, o façam em seu lugar, mantendo eles a possibilidade de negar qualquer envolvimento: será o caso, por exemplo, de estabelecerem objetivos demasiado ambiciosos para os seus subordinados, normalmente associados a um esquema de recompensas, deixando-lhes liberdade para escolherem os meios necessários para atingir tais metas.

Como sublinhámos, todavia, têm vindo a desenvolver-se uma corrente criminológica que sustenta ser necessário aprofundar o estudo desta criminalidade, de modo a fazer luz sobre as suas variáveis, afirmando que a *white-collar criminality* engloba um conjunto muito grande e diferenciável de delinquentes. Para estes Autores, o tratamento indistinto dos delinquentes que cabem dentro deste género prejudica o conhecimento rigoroso acerca das suas verdadeiras características e, concomitantemente, das causas dos crimes.

Assim, Nicole Leeper Piquero e David Weisburd³⁹, por exemplo, desenvolveram, com base num estudo de *follow-up*, por mais de dez anos, de um conjunto de criminosos de colarinho branco condenados, uma proposta tipológica e classificatória para estes delinquentes: os «*low rate offenders*», os «*intermittent offenders*» e os «*persistent offenders*» (que poderemos traduzir livremente por ofensores de baixa frequência, ofensores intermitentes e ofensores persistentes, respetivamente). Esta investigação, partindo do paradigma da carreira criminosa e da consequente abordagem desenvolvimentista, pretendeu verificar se era possível identificar um padrão longitudinal na atividade criminal deste tipo de delinquentes, avaliando a sua evolução ao longo da vida do agente.

Da análise levada a cabo (e que versa em particular, como decorre do seu objeto de estudo e da amostra escolhida, sobre a reincidência, sobre a repetição do padrão criminal depois

³⁸ *Idem.*

³⁹ Cf. NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, pp. 153-171. Como os próprios Autores explicam, o seu estudo tem por base outros trabalhos anteriores, cujos pressupostos eles pretenderam reanalisar e aprofundar.

da condenação), os Autores concluíram que podem autonomizar-se três grandes grupos de criminosos, de acordo com a frequência da prática dos atos proibidos.

Num primeiro grupo, claramente majoritário (cerca de 70% dos indivíduos acompanhados), podiam encontrar-se os criminosos de baixa frequência, que episodicamente se haviam envolvido na prática de crimes, mas em relação aos quais não se podia falar, em sentido exato, em carreira criminosa. Estes indivíduos serão «*crisis responders*»⁴⁰ ou «*opportunity-takers*»⁴¹, conforme a sua ação criminosa derive da necessidade de lidar com uma crise experienciada na sua vida profissional ou pessoal, aproveitando para tal uma oportunidade pré-existente de violar a lei de modo a subsistir, ou resulte, antes, do aproveitamento de uma oportunidade de ganho inusual que surge repentinamente, apesar do conhecimento do caráter criminoso do comportamento em causa⁴².

Já os criminosos de frequência média ou intermitentes corresponderão habitualmente aos «*opportunity-seekers*».⁴³ Neste caso, o agente não aproveita apenas uma oportunidade que se lhe apresenta, ele procura-a ativamente, ele envida esforços no sentido de criar a situação para praticar certos tipos específicos de ofensas. Há aqui, pois, ao contrário do que sucedia com o primeiro tipo, um claro padrão criminal, muito embora o envolvimento dos indivíduos nos concretos atos criminosos seja intermitente⁴⁴.

Num terceiro conjunto, por sua vez, englobar-se-iam os criminosos de colarinho branco de alta frequência ou persistentes, correspondendo ao criminoso estereotipado, na medida em que demonstram um grande empenho no desrespeito pela lei. Estes indivíduos evidenciaram, de acordo com o estudo, uma tendência para persistirem no comportamento criminoso ao longo do período em análise, bem como uma propensão para iniciarem cedo a carreira criminosa. Os delinquentes pertencentes a este terceiro grupo, de acordo com a conclusão a que chegaram os referidos Autores, não se diferenciam significativamente dos criminosos comuns ou de rua, que começaram a sua atividade criminal ainda jovens e a desenvolveram ao longo da vida⁴⁵.

⁴⁰ Poderíamos talvez chamar-lhes «criminosos movidos pela crise».

⁴¹ Seriam os «criminosos aproveita oportunidades».

⁴² Cf. NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, p. 162.

⁴³ Neste caso, talvez pudéssemos chamar-lhes “criminosos busca oportunidades”.

⁴⁴ Ver NICOLE LEEPER PIQUERO e DAVID WEISBURD, "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009, p. 163. De acordo com estes Autores, a este grupo poderiam reconduzir-se cerca de 25% dos indivíduos que compunham a amostra.

⁴⁵ *Idem*, p. 167.

Este esforço de mais profunda compreensão da tessitura da «criminalidade de colarinho branco» tem vindo, pois, a permitir conhecer mais detalhadamente os perpetradores destes crimes, reconhecendo, nomeadamente, a heterogeneidade existente dentro desta classificação e, ao contrário do que poderia prever-se, a sobreposição de carreiras criminosas entre «delinquentes comuns» e «delinquentes de colarinho branco». A assimilação destes postulados permitirá, a um tempo, constatar a necessidade de procurarmos diferentes modelos explicativos para distintos tipos de criminosos, bem como a consequente exigência de que essas variações terão de refletir-se quer nas opções político-criminais, quer nas correspondentes soluções dogmático-penais⁴⁶.

Ora, assim sucintamente delineados os principais traços do criminoso empresarial, restam-nos ainda uma última reflexão, que equacione a possibilidade de inferir de tudo quanto ficou dito premissas aplicáveis aos comportamentos que aqui em concreto pretendemos analisar. Poderemos nós, pois, reconduzir os atos próprios de uma participante num cartel, de um «cartelista», a este modelo? E, se assim for, apresentará este criminoso algum conjunto de atributos que permita aprofundar a sua caracterização e análise? Tentemos, pois, a partir das considerações que até aqui fizemos, avançar um pouco mais no conhecimento das feições próprias desta criminalidade⁴⁷.

Ninguém nega que, até do ponto de vista da emergência histórica da figura, o cartel está muitas vezes associado a momentos de crise, quer de determinado setor económico, quer da própria economia como um todo⁴⁸. Não é, por isso, difícil compreender que muitos empresários

⁴⁶ Muito embora não caiba dentro do escopo deste trabalho uma teorização a respeito da «criminalidade de colarinho branco», razão pela qual não aprofundaremos muito mais o problema, não podemos deixar de chamar a atenção para as consequências ínsitas nesta nova compreensão deste tipo de criminalidade, sobretudo no que tange com a necessidade de adequação do *instrumentarium* penal a esta multiplicidade de formas. Uma tal adaptação parece-nos impor-se a diferentes níveis, tanto de ordem substantiva como adjetiva, mas assumir relevo particular em termos de sanções jurídico-criminais. Compreender e aceitar a distinção que se propõe (ou outra, que parta da mesma necessidade de análise pormenorizada do problema) conduzirá – segundo julgamos, de modo inexorável – à necessidade de reequacionar as penas em causa, ajustando-as a cada uma das categorias.

⁴⁷ Extrapolamos aqui a partir da experiência e dos estudos realizados noutros países, sobretudo os pertencentes à comunidade anglo-saxónica, uma vez que não existe em Portugal, tanto quanto pudemos apurar, nenhuma investigação a respeito desta matéria. É, nesse sentido, óbvio, que a esmagadora maioria das análises efetuadas a este propósito provenham dos EUA e da Inglaterra, países onde, além de uma tradição criminológica muito mais aprofundada e desenvolvida do que a nossa, os comportamentos em causa são considerados crime e têm sido muito discutidos – o que, naturalmente, tem também alimentado a reflexão criminológica. Por essa razão, como é natural, as conclusões a que tais trabalhos chegaram não podem ser extrapoladas, sem mais, para a realidade portuguesa. Conscientes disso, afigura-se-nos, todavia, que poderão constituir um contributo de relevo para a análise do problema.

⁴⁸ Uma tal característica foi clara no panorama europeu, onde o cartel ganhou importância primeiro na Alemanha, muito identificado com períodos de crise económica e social. Num momento inicial, que podemos situar entre a

que embarcam nesta prática restritiva da concorrência pertençam ao primeiro grupo apontado, sendo verdadeiros «*crisis responders*», uma vez que praticam o ato em causa na tentativa de estabilizar os preços e resistir à volubilidade do mercado provocada, por exemplo, por uma depressão económica severa⁴⁹.

Se muitos «cartelistas» estão seguramente dentro deste núcleo, não pode, todavia, refutar-se que tantos outros veem na cartelização uma oportunidade de maximizar lucros ou minimizar perdas, apresentando-se recetivos à participação que lhes é oferecida («*opportunity-takers*») ou buscando mesmo as condições para a criar («*opportunity-seekers*»). Na primeira hipótese, o empresário é, por exemplo, confrontado com um cartel já existente e sedimentado na prática comercial de um determinado setor e convidado ou pressionado pelos seus pares para

afirmação da liberdade de empresa (que se fez, primeiro, através da aprovação na Prússia, em 1810, do *Gewerbesteueredikt*), e o início da Grande Depressão de 1873, os cartéis eram, essencialmente, agrupamentos regionais de empresários pertencentes a um mesmo setor produtivo, normalmente revestindo até uma certa configuração social, pois que muitas destas coligações assumiam mesmo a forma de clubes. Estes cartéis eram, por isso, muito pouco organizados, assentes mais numa ideia de *status* social do que propriamente numa metodologia cuidada com regras bem definidas – daí terem ficado conhecidos como *Frihstückerkartelle* (cartéis de pequeno-almoço, em tradução literal). Num segundo momento, que se estendeu desde a crise de 1873 até aos anos noventa do século XIX, estes pactos deixaram então de ser meros *gentlemen's agreements* para adotar formatos mais sofisticados, transformando-se em verdadeiros contratos, frequentemente, aliás, contratos de sociedade. Na verdade, a afirmação da liberdade de concorrência havia gerado, como seria de esperar, alguma comoção nos mercados, com a chegada de mais empresas e os concomitantes aumento da oferta e descida dos preços. O recurso ao figurino da sociedade anónima – que havia sido criada em 1870 e foi difusamente utilizada nesta época – passou a ser habitual, aumentando muito as empresas de grandes dimensões. Esta expansão na capacidade produtiva não foi, contudo, acompanhada por semelhante incremento na procura, o que, aliado à recessão económica internacional, que dificultava o escoamento dos produtos para os mercados estrangeiros, redundou em crises de sobre-produção e queda de preços. O cartel assomou, neste quadro, como um instrumento de controlo da instabilidade, assumindo o papel de ordenador do caos em que as práticas concorrenciais ruinosas haviam transformando o mercado e permitindo adaptar a oferta à procura, de modo a reduzir os efeitos da sobre-produção, do subemprego e da queda acentuada dos preços. Cf., para uma análise histórico-problemática do surgimento do cartel, tanto na Europa como nos Estados Unidos da América, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017. Ver, igualmente, com profusas referências bibliográficas e jurisprudenciais, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência a a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra: Almedina, 2007, sobretudo pp. 119 e ss.

⁴⁹ No mesmo sentido, CHRISTINE PARKER, "Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 256. A Autora sublinha, ademais, em sentido crítico, as implicações que um tal facto tem em termos de efetividade da criminalização do comportamento, pois que as pessoas que tomam uma decisão nestas circunstâncias estão sujeitas a uma tal pressão que não pode considerar-se a sua opção racional e, por isso, os efeitos dissuasores das penas serão francamente limitados: "[t]his has important implications for the effectiveness of criminalisation. People deciding to break the law in a crisis might be quite impervious to deterrence: they are not making, and perhaps are not capable of making, a considered rational decision to engage in cartel activity, and therefore the theoretical availability of increased sanctions might not make a difference to them". Muito embora não discordemos da conclusão – o aumento das sanções não implicará necessariamente um crescimento do efeito dissuasor –, não podemos aceitar sem mais as premissas: não nos parece que as pessoas que decidem num momento de crise aderir a um cartel estejam despojadas da sua capacidade de decidir racionalmente, nem que a circunstância de o ato em causa poder ser crime seja irrelevante para o empresário decisor.

fazer parte dele – não há aqui, pois, uma procura deliberada do ato criminoso, mas uma adesão a um comportamento em execução ou a uma decisão criminosa proposta por outrem⁵⁰. No segundo caso, estamos já perante um agente que premedita a sua ação criminosa, que explora as circunstâncias concretas de mercado e a sua posição empresarial no sentido de encontrar a melhor forma de implementar o cartel ou que busca nele participar⁵¹.

Como resulta do que dissemos quanto ao terceiro grupo de ofensores em causa – ofensores persistentes ou de alta-frequência –, os participantes num cartel podem também enquadrar-se aqui, sendo que este comportamento será apenas mais um de entre uma grande variedade de atos criminosos. Dada a apetência destes indivíduos para o desrespeito pela norma, a prática deste ato restritivo da concorrência configurará apenas mais um crime de entre um leque muito provavelmente amplo de ofensas, sejam de «colarinho branco» ou não⁵².

De uma outra perspetiva – que, segundo cremos, entronca nesta em larga medida –, Christopher Harding⁵³ chama a atenção para a necessidade de atendermos às principais linhas motivacionais do «cartelista», de modo a melhor compreendermos a sua atuação. Este pode ter uma motivação empresarial («*business driven*»), uma motivação política ou de poder («*power driven*») ou uma motivação pessoal («*personal need*»).

Assim, o impulso para a prática do ato pode, desde logo, ser económico, envolvendo-se o agente em comportamentos cartelizadores pelas mesmas razões empresariais que determinam a organização enquanto ator económico: o controlo do mercado, a maximização de lucro, a minimização de perdas ou a garantia de sobrevivência da empresa, por exemplo. Nestes casos, o indivíduo vê-se, sobretudo, como homem de negócios, identificando-se fortemente com os interesses da empresa (que confunde com os seus) e permitindo que estes se sobreponham a

⁵⁰ Também aqui CHRISTINE PARKER, *op. et loc. cit.*, entende que o efeito de dissuasão pretendido pela criminalização não será atingido, por entender que os «*opportunity takers*» respondem impulsivamente e não racionalmente à oportunidade que se lhes apresenta. Por maioria de razão, não nos parecem proceder também aqui os motivos indicados pela Autora.

⁵¹ Considerando que este tipo de «cartelistas» são racionais e estão permanentemente a ponderar as suas possibilidades de ganhos, CHRISTINE PARKER, *op. et loc. cit.*, entende que estes agentes são os que mais provavelmente podem ser afetados pelo objetivo dissuasor das consequências criminais.

⁵² Mais uma vez aqui, tendo em atenção a propensão para o cometimento de crimes destes ofensores persistentes, CHRISTINE PARKER, *ibidem*, sustenta que “[c]riminal activity is a sign of fundamental psycho-social problems that should be adressed in a holistic way that might include deterrence, incapacitaion, rehabilitation and personal and social development. But deterrence alone is unlikely to be effective in preventing or resolving their carterl conduct”.

⁵³ CHRISTOPHER HARDING, “The Anti-Cartel Enforcement Industry: Criminological Perspectives on Cartel Crminalisation”, in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 368-370.

quaisquer considerações éticas a respeito da legalidade da conduta em causa. O que está em causa aqui é, sempre, a melhor decisão do ponto de vista estritamente empresarial.

Já na segunda hipótese, aquilo que moverá o indivíduo é a sensação de poder, o sentimento de realização pessoal e de alguma emoção que o exercício desse domínio lhe transmite. Trata-se, naturalmente, do poder de controlo sobre as incertezas e variações do mercado (fim primeiro da atuação), mas igualmente da emoção obtida com a participação numa organização sofisticada e secreta, que desafia permanentemente os limites e as capacidades do sistema legal.

O terceiro impulso é de natureza mais personalizada e está intimamente relacionado com as necessidades emocionais e psicológicas individuais. Segundo o Autor, deparamo-nos aqui, na verdade, com uma mistura de insegurança e necessidade de emoção, uma vez que, por um lado, há o medo de não ter o controlo – seja sobre o mercado, seja sobre os demais empresários, seja mesmo sobre a sua própria carreira –, mas, simultaneamente, e de modo porventura um pouco contraditório, há uma certa excitação que decorre quer do elemento conspirativo do cartel, quer do jogo com a lei⁵⁴.

4. Conclusão prospetiva

Tecidas estas reflexões acerca quer da criminalidade empresarial, por um lado, quer do próprio participante no cartel, por outro, parece-nos bem que delas se podem retirar algumas conclusões, ainda que intrinsecamente incompletas e sobretudo pensadas de um modo prospetivo, a demandar futura e mais aprofundada análise e ponderação.

Em primeiro lugar, afigura-se-nos poder sustentar-se que o cartel, enquanto prática limitativa da liberdade de concorrência, parece ter lugar dentro da categoria «crime de colarinho branco», perfeitamente enquadrável nos postulados que Sutherland começou por enunciar e que têm vindo a ser desenvolvidos pela doutrina posterior. Na verdade, tanto a perceção das motivações que podem guiar estes indivíduos, como a discussão a respeito das condições que os levam a praticar os atos legalmente proibidos, como ainda as características específicas da sua

⁵⁴ Como sublinha CHRISTOPHER HARDING, *ibidem*, a aplicação da teoria do jogo a este problema tem vindo a relevar-se cada vez mais importante: “*there may be sense of excitement, deriving first from cartel conduct in itself (the element of clever conspiracy) and, secondly and increasingly now, the legal gamble, playing with the risk of detection, engaging on prisoner’s dilemma leniency calculations and even imagining the celebrity of being an Interpol fugitive, as some compensation for the otherwise mundane lifestyle of sales manager*” (p. 369).

atuação de desrespeito para com as regras estabelecidas, parecem apontar para dentro dos limites do direito penal, mais especificamente para o âmbito da criminalidade económica. Naturalmente, esta afirmação tem por base uma análise criminológica, mais do que propriamente de dogmática jurídico-penal, pois que esta não cabe dentro deste estudo⁵⁵. Assenta, pois, se quisermos, na identidade detetável entre o comportamento do «cartelista» e a dos delinquentes económicos comumente reconhecidos enquanto tal.

Ora, essa similitude de características permite-nos igualmente, segundo cremos, propor as tentativas classificatórias que aqui ensaiámos como válidas para a generalidade da delinquência económica, entendendo como fazendo parte dela (ou, mais exatamente, devendo fazer *de iure condendo*) o cartel, enquanto mais grave atentado à liberdade de concorrência. Naturalmente, esta proposta tem apenas um carácter introdutório, de aproximação ao problema, focando-se em dois aspetos específicos de estudo: a carreira criminosa, por um lado, e a motivação do delinvente, por outro. Muitos outros haverá seguramente a tratar para que seja possível uma compreensão mais exata, mais pormenorizada e, por essa razão, mais útil, da criminalidade económica. Não apresentamos, pois, aqui uma proposta de leitura integral para este tipo de delinquência, mas apenas um contributo para uma leitura possível.

O que nos conduz, portanto, num último ponto, à necessária prospetiva a respeito do tema em causa. A criminalidade económica (financeira, empresarial, organizada...) consubstancia um dos maiores desafios da atualidade e representa uma fatia significativa das cifras penais. Se durante muito tempo as comunidades não estavam suficientemente sensibilizadas para este tipo de delinquência, hoje a atenção dos cidadãos volta-se cada vez mais para estas realidades, suscetíveis de causar danos muito sérios em bens jurídicos coletivos ou supra-individuais. Novos desafios se colocam, nessa medida, ao direito penal e, a montante, à própria política criminal. Como gizar a atividade de prevenção e repressão deste tipo de criminalidade é tarefa que só se conseguirá cumprir cabalmente se, antes disso, se compreender o substrato dessa delinquência, se conhecerem os seus agentes típicos, se perceberem as suas motivações, se deslindarem as suas formas de atuação. Nesse esforço, afigura-se-nos

⁵⁵ Já a realizámos, todavia, noutra sede e as conclusões a que aí chegamos apenas reforçam este entendimento. Na verdade, em nossa opinião, estamos perante um bem jurídico com dignidade penal (a liberdade concorrencial), carente de proteção face à insuficiência da tutela contraordenacional. Cf., desenvolvidamente, o que dissemos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017.

incontornável o contributo da criminologia – cumprindo-se, afinal, a proposta ciência conjunta do direito penal.

5. Referências

APEL, Robert; PATERNOSTER, Raymond. "Understanding 'Criminogenic' Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment-Crime Relationship", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina, 2002.

BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009.

BERGER, Ronald J. *White-Collar Crime: the Abuse of Corporate and Government Power*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2011.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Para um Modelo de Segurança e Controlo da Criminalidade Económico-financeira – Um Contributo Judiciário*, Observatório de Economia e Gestão de Fraude, Working Papers, n.º 18, 2013.

CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Corporate Crime*, New York: The Free Press, 1980.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 71, março-abril 2008.

FROUFE, Serafim Pedro Madeira. *A Reforma do Direito Comunitário da Concorrência: o sentido descentralizador e/ou re-centralizador do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (dissertação*

de doutoramento), Braga:
<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/11261/1/TESE.pdf>, 2009.

GOBERT, James; PUNCH, Maurice. *Rethinking Corporate Crime*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2003.

HARDING, Christopher. "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels", *Critical Criminology*, 14 , 2006.

HARDING, Christopher. *Criminal Enterprise: Individuals, organisations and criminal responsibility*, Devon: Willan Publishing, 2007.

HARDING, Christopher. "The Anti-Cartel Enforcement Industry: Criminological Perspectives on Cartel Criminalisation", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

LOUREIRO, Flávia Novera. "A criminalidade económica e os seus agentes sob a perspetiva criminológica - análise a partir da prática de cartel", in *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

LOUREIRO, Flávia Novera. "A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira", in *IV Congresso de Processo Penal – Memórias*, Almedina, 2016.

LOUREIRO, Flávia Novera. *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017.

PARKER, Christine. "Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality", in *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

PIQUERO, Nicole Leeper; WEISBURD, David. "Developmental Trajectories of White-Collar Crime", in *The Criminology of White-Collar Crime*, New York: Springer, 2009.

PUNCH, Maurice. "The organizational component in corporate crime", in *European Developments in Corporate Criminal Liability*, London: Routledge, 2011.

ROCHA, Manuel António Lopes. "A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas - Novas Perspectivas", in *Direito Penal Económico*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1995.

ROSS, Edward Alsworth "The Criminaloid", *Atlantic Monthly*, 99, 1907.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Germano Marques da. *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SIMON, David R. *Elite Deviance*, Boston: Allyn and Bacon, 1999 (6.^a ed.).

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. "A Criminologia Empresarial: why good people do dirty work", in *Criminalidade Económica e Empresarial: Escritos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SUTHERLAND, Edwin H. "White Collar-Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1940.

TORRÃO, Fernando. *Societas Delinquere Potest? da Responsabilidade Individual e Colectiva nos "Crimes de Empresa"*, Coimbra: Almedina, 2010