

REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO?

Nilo Batista

1. Entre os princípios que, segundo o artigo 160 da Constituição Federal, fundamentam a ordem econômica e social, está o da repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. O objetivo do presente trabalho é investigar em que medida o direito penal colabora nessa projetada repressão em termos absolutos (ilícitos penais cuja matéria seja constituída por formas típicas de abuso do poder econômico). A mesma investigação em termos relativos (comparação com o desempenho do direito penal na proteção de outros interesses econômicos) fica relegada para uma outra ocasião.

2. Atente-se, desde logo, para o fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (com redação da Emenda n.º 1, de 17.out.69, e alterações das Emendas 2/72 a 22/82) reduziu o espectro da intervenção repressiva sobre o abuso do poder econômico. Basta comparar o texto com o da Constituição Federal de 1946, cujo art. 148 rezava:

"A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".

Percebe-se que o constituinte de 1946 concedeu amplos poderes ao legislativo para a repressão de toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, enunciando *exemplificativamente* certas modalidades, consoante conhecida técnica legal que tem o efeito de orientar o emprego futuro da analogia: se o legislador ordinário poderia, por um lado, reprimir modalidades análogas de abuso do poder econômico, por outro lado não poderia reprimir modalidades não assimiláveis àquelas. Themístocles Cavalcanti dizia que a parte final do texto não excluiu, antes admitiu revide legal a outras formas de agressão econômica (*apud Benjamim M. Shieber, Abusos do Poder Econômico*, S. Paulo, 1966, ed. RT, pág. 22).

Bem ao contrário dessa orientação, o inc. V do art. 160 da Constituição de 1967, parece ter o intuito de *restringir* a repressão legal ao abuso do poder econômico às três hipóteses que enuncia, o que se deduz do emprego da expressão "caracterizada pelo", que só pode ser avaliada na linha de impor o constituinte ao legislador ordinário que *limite* seu entendimento às modalidades por ele enunciadas.

3. Tanto um exame dos princípios constitucionais que administram a intervenção do estado na ordem econômica (um estudo deles em Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Rio, 1968, ed. FGV, págs. 37/§s), quanto um exame do surgimento histórico dos graves problemas causados pelos monopólios e oligopólios na virada do século (uma exposição em Modesto Carvalhosa, *Direito Econômico*, S. Paulo, 1973, ed. RT, págs. 100/ss) conduzem à conclusão de que certas práticas empregadas para a dominação dos mercados, eliminação da concorrência e abusivo aumento dos lucros apresentam a nocividade social que recomenda o uso da sanção penal. De um prisma estritamente jurídico, a formação de grupos hegemônicos na economia, com tais finalidades, atinge precisamente a própria liberdade de iniciativa, valor ao qual o sistema da constituição brasileira outorga prioridade, e que é concebido como "prerrogativa fundamental da personalidade" (Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, S. Paulo, 1972, ed. RT, pág. 112), sugerindo, também, a hierarquia do bem jurídico ofendido, o recurso à sanção penal.

4. Efetivamente, assim se passa em outros sistemas jurídicos, e particularmente naquele que possui talvez a mais rica experiência no setor: o norte-americano.

Dois órgãos se ocupam da aplicação da legislação antitruste na América: a *Antitrust Division do Department of Justice* e a *Federal Trade Commission*. Enquanto a última se encarrega de investigações sobre denúncias recebidas, a primeira procede cível ou *criminalmente* contra os responsáveis, porquanto a violação intencional da lei dá lugar à ação criminal, segundo o *Sherman Act* (cf. Fábio de Sousa Coutinho, "O Abuso do Poder Econômico e sua Repressão nos E. U. A", in "Revista de Direito da PGJ/RJ", Rio, 1980, v. 11, pp. 314 e 317). Ao *Sherman Act*, de 1890, que proibia os monopólios, viria agregar-se o *Clayton Act* (1914), proibindo fusões, mesmo disfarçadas pelo sistema de *holdings*, que possam eliminar a concorrência. A influência do direito americano sobre o nosso, nesse particular, é inegável (cf. *Benjamin Shieber, op. cit.*, págs. 15/ss).

5. A tudo isso se deve acrescentar a proximidade lógica que o abuso do poder econômico guarda de certas classes criminais.

A lei 4.137, de 10.set.62, se refere ocasionalmente a três dessas classes. No inciso V, do art. 2.º, encontraremos menção à *concorrência* desleal como modalidade de abuso do poder econômico. Concorrência desleal é espécie delituosa tradicionalmente ligada à confusão de produtos ou estabelecimentos e desvio de clientela, sob perspectiva que não ultrapassa o litígio interindividual das empresas interessadas. Na alínea b, do art. 70, estabelece-se o dever, para o interventor, de denunciar ao Juiz ou ao CADE quaisquer *fraudes* praticadas pelos responsáveis pela empresa. A *fraude* é o modo de exe-

cução por excelência do estelionato e formas assimiláveis, entre as quais aquelas praticadas na fundação ou administração de sociedades por ações (art. 177 CP), no comércio (art. 175 CP), na emissão de duplicatas simuladas (art. 172 CP), etc. Por fim o art. 81 da lei 4.137, de 10. set. 62, esclarece que a repressão ao abuso de poder econômico não exclui a punição de outra infração contra a *economia popular*. Aqui a proximidade é inclusive histórica, pois foi entre os crimes contra a economia popular, previstos no decreto-lei n.º 869, de 18. nov. 38, que surgiram as primeiras normas antitrustes brasileiras (especialmente, art. 2.º, incisos III, IV, V, e art. 3.º, inciso I). Nelson Hungria falava na "*repressão penal dos monopólios*" ao estudar este decreto-lei (*Dos Crimes contra a Economia Popular*, Rio 1939, ed. Liv. Jacintho, pág. 22).

6. Quer pelo exame dos princípios constitucionais que administram a intervenção do estado da ordem econômica, quer por uma apreciação estritamente jurídica da colocação dos interesses ofendidos pelo abuso do poder econômico num quadro de valores cuja tutela é proclamada pelo texto constitucional; tanto pela influência do direito norte-americano, quanto pela proximidade lógica que o abuso do poder econômico guarda de certas espécies criminais, proximidade que vem demonstrada na própria lei; por tudo isso, supõe-se indicada a sanção penal para essa forma de ilícito.

Essa intuição teria feito Pontes de Miranda, ao comentar o texto constitucional, lobrigar ali o momento de uma "*intervenção penalística dos governos na economia*" (*Comentários à Constituição de 1967*, S. Paulo, 1972, ed. RT, v. VI, pág. 50). Só um sentimento semelhante pode explicar que Guilherme Canedo de Magalhães escreva "*A apuração do poder econômico é feita mediante instauração de processo administrativo, que, em essência, é um processo penal*" (*O Abuso do Poder Econômico, Apuração e Repressão*, Rio, 1975, ed. Artenova, pág. 36).

7. Deixamos como último argumento o exame das palavras da Constituição. "*Repressão ao abuso do poder econômico*" significará recomendação para que o legislador ordinário *incrimine* as modalidades de conduta mencionadas? A *vox* repressão é singularmente relacionada com os instrumentos da política criminal do estado; "*repressão*" possui iniludível denotação *penal*. Infelizmente, a Constituição não a emprega outra vez, de sorte a permitir um exame comparativo. Entretanto, cláusulas constitucionais menos enfáticas desaguam em leis penais. Para ficarmos no mesmo título ("*Da Ordem Econômica e Social*"), tomemos o art. 162: "*Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei*". A essa norma corresponde a incriminação da greve em serviços públicos, através do artigo 37, da lei 6.620, de 17. dez. 78. Parece lícito concluir que se

onde a Constituição reza "não será permitido" o legislador ordinário leu "será incriminado", com maiores razões, tal leitura cabe onde a Constituição reze "será reprimido".

8. A essa altura, parece razoável dar por demonstrado que existe uma determinação constitucional, não observada pelo legislador, no sentido da criação de tipos de delitos de abuso de poder econômico, segundo as linhas fornecidas pelo próprio texto da Constituição.

As incriminações que o legislador criasse, sobre condutas concretas que objetivassem o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, se reuniriam em classe própria, distinguindo-se: a) pela ofensa à livre iniciativa e à função social da propriedade, bens que figuram na tábua axiológica do art. 160, CF; b) por consistir essa ofensa num mau uso do poder econômico; c) pelo fim de agir (domínio dos mercados, etc.).

9. A vigente lei de economia popular contém quatro figuras delituosas que guardam relação com nosso assunto: estão elas nos incisos I, III, IV e V do art. 3.º da lei 1.521, de 26. dez. 51.

Brevíssimo exame, entretanto, demonstra sua insuficiência e inadequação para a "repressão" proposta pelo texto constitucional, até pela defasagem histórica desses delitos trintenários, face aos mecanismos da empresa contemporânea, notadamente a multinacional.

No inciso I, prevê-se a destruição de matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de determinar alta de preços.

No inciso III, proíbe-se o "consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito do aumento arbitrário dos lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio".

No inciso IV, incrimina-se a "retenção ou açambarcamento de matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, como forma de dominar o mercado e provocar a alta dos preços".

No inciso V, comina-se pena à venda de mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

A ingenuidade, o caráter demagógico e a imperfeição técnica dessas figuras causam espanto. Como houve quem se desse ao trabalho de recolher todo o trâmite legislativo, desde a mensagem e projeto do executivo até a forma final (Roberto Pereira de Vasconcelos, *Crimes contra a Economia Popular*, Rio, 1952, ed. Nacional de Direito), não seria dificultoso estudar a gênese dessas figuras, que

simplesmente não são e não foram aplicadas — nem quando poderiam tê-lo sido. De qualquer modo, essas figuras toscas, com suas indeterminações e generalidades, estão completamente distantes do que possam ser, hoje em dia, as condutas em que se apresenta o abuso do poder econômico.

10. Veremos, nesse tópico, todas as ocasiões em que o direito penal é invocado pela lei 4.137, de 10.set.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.

a) *Art. 6.º, parágrafo único*. Afirma, em caráter programático, que as pessoas físicas, diretores ou gerentes, serão responsáveis civil e *criminalmente* pelo abuso de poder econômico (Como já se verá, a responsabilização criminal não ultrapassa esta promessa.)

b) *Art. 19*. Afirma que os servidores e administradores de empresas que exercerem função delegada do poder público, e que praticarem abuso do poder econômico, ficarão sujeitos, *além da sanção penal*, à destituição do cargo ou função, por iniciativa do Ministério Público ou do lesado (Simples referência incidental a uma "sanção penal" que a lei não estabelecerá.)

c) *Art. 37, parágrafo 2.º*. "Constitui crime e será punido na forma do art. 342, do Código Penal fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete" (Disposição supervacânea, de vez que o próprio art. 342, CP, incrimina o falso testemunho em processo administrativo; de resto, cria-se matéria penal para a testemunha, e não para o autor do abuso de poder econômico).

d) *Art. 77*. Cria sanções administrativas de suspensão ou demissão a bem do serviço público *sem prejuízo das sanções penais*, para os funcionários que dificultarem ou embaraçarem a ação do CADE.

e) *Art. 79*. "Incidem no delito do art. 325, do Código Penal e são passíveis de demissão os funcionários do CADE que revelem a terceiros os fatos de que tenham conhecimento através de sua fiscalização" (Outro dispositivo supérfluo, pois o art. 325, CP, incidiria na hipótese, com ou sem lembrete.)

f) *Art. 80, parágrafo único*. "Os diretores, administradores ou gerentes de empresas que se recusarem a prestar informações na forma deste artigo ou que as fornecem inexatas com dolo ou má fé, ficarão sujeitos a penas (*sic*) de detenção por um a três meses" (Esta é, na verdade, a única — e muito imperfeita — figura criminal criada pela lei.)

Pelo que se examinou, as formas de abuso de poder econômico não foram objeto de repressão através de sanção penal, não obstante as invocações feitas pela lei, e a criação de um delito versando outro tema, e apenas instrumentalmente ligado ao assunto.

11. É possível concluir que a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros, preconizado pelo art. 160, inc. V, da Constituição, significa repressão *também* pela via penal (Miguel Reale diria que as disposições constitucionais não têm "mera destinação penal" — "Os Abusos do Poder Econômico e Garantias Individuais") in "Anais da V Conferência Nacional", OAB, Rio, 1974, pág. 198); desse encargo não cuidou, até hoje, o legislador ordinário, não se podendo considerá-lo suprido pelas débeis disposições da lei de economia popular. No quadro geral do direito penal econômico brasileiro, os delitos de abuso de poder econômico, aos moldes da recomendação constitucional, são ainda personagens à espera de um autor.