

A prescrição da ação penal-econômica perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

SUMÁRIO

I. Antecedentes: Direito penal-econômico vs. direito administrativo. II. Novos entendimentos: Direito penal-econômico vs. direito econômico. III. Análise das recentes decisões do CADE. Posições em favor da imprescritibilidade. IV. A posição do autor: Localização da matéria no direito penal-econômico e aplicabilidade do art. 114 do Código Penal.

I. Antecedentes

1. Antes amorfa e basicamente indiferente, a questão da prescritibilidade da ação penal-econômica perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, vem ganhando foros de “vexata quaestio”, com implicações que podem transbordar os restritos lindes do próprio tema.

Diante do até então praticamente pacífico reconhecimento da natureza penal da legislação antitruste nacional, consagrado na jurisprudência do próprio CADE (cf., e.g., FRANCESCHINI, “Poder Econômico: Exercício e Abuso”, ementas n.ºs 1-A, 7, 9, 11, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 339 e 368), nos reiterados pronunciamentos de sua douta Procuradoria-Geral (cf. ELBRUZ MOREIRA DE CARVALHO, ex-Procurador-Geral do CADE, “Abuso do Poder Econômico”), *entendimento este que, como se verá, prevalece até os dias de hoje*, como referido no Processo Administrativo n.º 47 abaixo examinado, nas decisões judiciais, seja de primeira instância (cf. sentença do MM. Juiz FLEURY ANTONIO PIRES, da 13.ª Vara Federal em São Paulo, no Processo n.º 5276403), seja do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (cf. Acórdão da 4.ª Turma do TFR na Apelação Cível n.º 56.282-SP, de que foi Relator o Ministro ILMAR GALVÃO) e na ainda

hoje amplamente majoritária posição da doutrina (cf. Pareceres em FRANCESCINI, *op. cit.*) em que se sobressaem, entre outros, os nomes de OSCAR BARRETO FILHO (comercialista), JOSÉ FREDERICO MARQUES (processualista), PONTES DE MIRANDA (constitucionalista), OROSIMBO NONATO (civilista), MIGUEL REALE (jurisfilósofo) e CELSO NEVES (processualista), a questão da prescritibilidade era apenas marginal, tendo sido objeto de poucas decisões do CADE das quais se destacam as emendas encontradas em FRANCESCINI, *op. cit.*, a saber:

Ementa n.º 341 (p. 304)

“A prescrição é causa extintiva da punibilidade de abuso do poder econômico.”

Ementa n.º 369 (p. 322)

“A punibilidade dos delitos de abuso do poder econômico se extingue pelo decurso do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 114 do CP.”

2. A esta época já se encontrava virtualmente afastado o enquadramento da lei antitruste no direito administrativo, com o que, aliás, concordou o Plenário do Conselho no Processo Administrativo n.º 58, também analisado abaixo, acompanhando voto da Conselheira-Relatora, ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO. De fato, apenas para lembrar FRANCESCINI, “A Lei Antitruste Brasileira e o CADE: Alguns Aspectos” (in *Revista do Direito Público*, vol. 75, p. 297), “a Lei Antitruste nacional não é ... tema aderente ao poder de polícia, ou seja, vinculado ao direito administrativo, mas sim, um diploma penal, enquadrado no novíssimo ramo do direito penal econômico. Impõe-se o entendimento... não só pelas já referidas origens históricas do diploma, tanto indígena como estrangeira, como, também, por lhe serem estranhos e inaplicáveis os atributos específicos e peculiares ao exercício do questionado poder de polícia: (a) a discricionariedade; (b) a auto-executoriedade e (c) a coercibilidade”.

Desnecessário, entretanto, prosseguir no debate, na medida em que esta questão já se encontra ultrapassada.

Cumprido, agora, enfrentar os novos desafios ao enquadramento da lei antitruste nacional no direito penal econômico.

II. *Novos entendimentos*

3. A partir das decisões tomadas pelo Conselho nos Processos Administrativos n.ºs 47, de que foi Conselheiro-Relator GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA (*DO*, de 15 de setembro de 1987, Seção I, p. 14908), e 58, sendo Conselheira-Relatora ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO (*idem supra*, p. 14909), o tema da prescrição passou a constituir matéria polêmica, chegando ambos os arestos, por vias diversas, à conclu-

são comum da inaplicabilidade do art. 114 do Código Penal aos delitos de abuso do poder econômico.

Cumpre, portanto, examinar o conteúdo dessas decisões.

4. No primeiro caso (Processo Administrativo n.º 47), assim se manifestou o CADE em decisão de lavra do ilustre Conselheiro, GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA:

“Não parecendo ser este momento adequado a maior digressão sobre a árdua matéria da prescrição e da decadência e *considerando que sobre ela é silente a Lei n.º 4.137/62*, oportuna é a lição de um clássico de nosso direito para distinguir: ‘Prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso’ (...)

.....

Uma nova consideração faz-se necessária. No art. 47, *caput*, a Lei dá ao CADE ação judicial para fazer cumprir a decisão que proferiu, acrescentando, no parágrafo único do mesmo artigo, que, ‘na execução da multa, será adotado o rito processual das ações executivas fiscais’. Inclina-se o Colegiado a admitir, por isso, que a prescrição *dessa ação de cobrança* tenha o prazo de prescrição das ações de cobrança das dívidas fiscais.

A hipótese é de multa já aplicada, não podendo, portanto, ser invocada no caso dos autos.

Volta-se, então, à possível *aplicação analógica* da regra do Código Penal a respeito da prescrição da pena pecuniária (art. 114), aplicação rejeitada no Processo Administrativo n.º 58 com argumentos que são irrespondíveis.

Resta enfrentar o problema na área do direito econômico e, no caso, do *direito econômico administrativo, uma vez que a apuração e a repressão dos abusos do poder econômico foram confiadas a órgão administrativo*, integrante da Administração Pública Federal.

Ora, como ensina HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13.ª ed., Ed. RT, 1987, p. 622), ‘a prescrição das *ações da Fazenda Pública* contra o particular é a comum da lei civil ou comercial, *conforme a natureza do ato ou contrato a ser ajuizado*’, o que afasta a ocorrência de prescrição na espécie dos autos.

Para arrematar, é de notar que o *douto Procurador-Geral manifestou a opinião de que lhe parecia estar atingida pela prescrição à aplicação de penalidade*, afastou depois a hipótese tendo em consideração a continuidade da prática abusiva” (*grifamos*).

No segundo caso (Processo Administrativo n.º 58), aliás mencionado no primeiro, decidiu o Conselho, pelas mãos da insigne Conselheira ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO:

“Pretendeu a indiciada, em alegações finais, o reconhecimento da prescrição de multa, segundo a legislação penal vigente. Esta pretensão exige a identificação das sanções aplicáveis, segundo a legislação específica da repressão ao abuso do poder econômico, em confronto com o regime de prescrição das sanções típicas do direito penal invocado.

Não explicitados os motivos da pretendida declaração de prescrição, cogitar-se-ia de aplicação, *por analogia*, do art. 114 do Código Penal.

A legislação penal admite a prescrição da pena pecuniária, após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, em três hipóteses:

- 1.ª — quando a multa tenha sido a única pena aplicada;
- 2.ª — quando a multa seja a única pena não cumprida; e
- 3.ª — quando a multa seja a única pena cominada.

Tratando-se de processo em julgamento, supõe-se que a indiciada pretenda o reconhecimento da prescrição da sanção pecuniária na condição de única pena cominada pela lei de repressão ao abuso do poder econômico.

A aplicação da regra prescricional de direito penal implicaria em negar ao direito econômico matéria que engloba a política econômica relativa ao uso e ao abuso do poder econômico, a legalidade e legitimidade da aplicação de sanções adequadas ao restabelecimento da ordem jurídico-econômica.

Observa-se que, *na maioria dos casos* de repressão aos abusos do poder econômico, a multa é, e deve ser, aplicada juntamente com *sanções administrativas posteriores*.

No regime jurídico-econômico brasileiro, *a pena pecuniária é imposta juntamente com a sanção administrativa, representada pela determinação de providências adequadas à cessação do abuso do poder econômico*, a critério do CADE, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 17, alínea c, da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.

Não cessando o abuso do poder econômico, seguidamente à aplicação da sanção pecuniária e da sanção administrativa, o CADE aplicará *sanções econômicas*, por via do processo judicial de intervenção na empresa ou pelos mecanismos jurídicos próprios à desapropriação do acervo da empresa.

Nestas hipóteses, a aplicação de sanções econômicas se concretiza como instrumento de execução da política de proteção da concorrência, *importando em medidas que atingem o 'status libertatis' do agente econômico*, particularmente quanto ao exercício da própria atividade econômica.

Assim, as sanções cominadas pela lei de repressão ao abuso do poder econômico constituem uma *seqüência punitiva*, somente não aplicável aos casos de abusos do poder econômico originários de relação jurídico-econômica contratual, em que a cessação do ilícito ocorre com o vencimento do prazo contratual não prorrogado ou não renovado.

À alegação de prescrição punitiva, nos termos da legislação penal, o atual advogado da representada, em sustentação oral, acrescenta a da decadência administrativa.

A lição dos administrativistas não se aplica ao caso em julgamento porque:

.....;

b — a decadência administrativa é um instituto de direito administrativo, regido por princípios próprios, que se caracteriza pela determinação legal do prazo para exercício de ação. Este requisito fundamental elimina a pretensão de seu reconhecimento por analogia. Considerando, tanto a prescrição punitiva, regida pelo art. 114 do Código Penal, quanto a decadência administrativa como institutos próprios do direito penal e do direito administrativo, respectivamente, decide o Conselho pela rejeição desta preliminar, pelos seguintes fundamentos:

1 — não se aplica a analogia a institutos jurídicos de natureza diversa;

2 — a decadência e a prescrição não podem ser admitidas, por analogia, também por força da característica destes institutos, *cujos efeitos dependem da existência de lei;*

3 — ainda que se admitisse a prescrição por analogia, não se cogita, no caso em julgamento, de prescrição de pena pecuniária, visto que o processo de repressão ao abuso do poder econômico não se exaure com a aplicação de multa;

4 — *a Lei n.º 4.137/62 não admite a prescrição da ação punitiva, por consequência, não se concebe o reconhecimento da prescrição de uma das sanções cominadas, anteriormente ao julgamento do processo administrativo" (grifamos).*

III. *Análise das decisões*

5. A digna decisão proferida no Processo Administrativo n.º 47 tem por fundamentos os seguintes pontos:

(a) a Lei n.º 4.137/62 é silente quanto à prescrição da ação penal-econômica;

(b) a prescrição da ação de cobrança de dívidas fiscais é inaplicável por versar apenas sobre multas já aplicadas;

(c) a aplicação do art. 114 do Código Penal seria analógica;

(d) a matéria se rege pelo direito econômico administrativo, tendo em vista que a apuração e a repressão dos abusos foram confiadas a órgão administrativo; e

(e) a prescrição das ações da Fazenda Pública deve ser determinada conforme a natureza do ato a ser ajuizado.

Não há o que discordar do item (b), posto que não há confundir prescrição da ação penal-econômica com prescrição da pena, ou com a parcela final do item (e), na medida que observa que a prescrição é matéria que deve ser determinada conforme a natureza da lei a que se aplica.

Os itens (a) e (c) não de ser examinados conjuntamente.

Com efeito, reconhecida a natureza penal-econômica da Lei n.º 4.137/62, inaceitável, com o devido respeito, é a conclusão de que a legislação especial é omissa a respeito da prescrição, exigindo o concurso da analogia. Isto porque resultaria na *negação de vigência de lei expressa*, qual seja, o art. 12 do Código Penal, que reza:

“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

Portanto, a *implícita imprescritibilidade* da ação penal-econômica é que exigiria *preceito específico na Lei n.º 4.137/62 E NÃO O REVERSO*, como aliás é cediço, de acordo com o princípio da especialidade.

Caso contrário, todos os delitos previstos na legislação penal-econômica, na qual se incluem a Lei n.º 1.521, de 1951 (Lei de Economia Popular, que, antes da Lei n.º 4.137/62, se constituiu em verdadeira lei antitruste nacional) e o Decreto-Lei n.º 7.903, de 1945 (na parte que versa sobre os crimes em matéria de propriedade industrial), seriam imprescritíveis, por ausência de dispositivo especial expresso.

Portanto, “*legem habemus*” — o art. 114 do Código Penal, combinado com o art. 12 do mesmo diploma.

A interpretação, como já adiantado, implicaria em injustificável reconhecimento da imprescritibilidade das infrações de abuso do poder Econô-

mico, sob todos os primas. Assim é que, como informa o inesquecível BASILEU GARCIA (*Instituições*, vol. I, tomo 2, p. 699), a prescrição é instituto admitido em todas as legislações modernas. Embora tenha no passado enfrentado a oposição de alguns filósofos e penalistas, na medida em que seria desmoralizante e concorreria para o afrouxamento da repressão, preponderaram, no consenso geral, as razões justificativas de sua adoção.

Com efeito, com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do infrator que logrou subtrair-se à ação da Justiça, deixando a pena, possivelmente, de ser-lhe útil. De outro lado, o alarma social que o abuso do poder econômico causou já se esvaneceu com o lento perpassar dos anos, não tendo a pena a exata correspondência no reclamo público, sem contar que os longos intervalos importam em incertezas perigosas na apreciação do fato.

Como salienta o ilustre Professor, “nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irredutível” (*op. cit.*, p. 700). Assim, a imprescritibilidade dos delitos de abuso do poder econômico os tornariam *mais graves* do que os crimes contra a vida, a honra ou a liberdade, todos prescritíveis. E, mais perigoso ainda, teria um conteúdo intrínseco de *inadmissível arbitrariedade*, na medida em que admite a sujeição do acusado à vontade e inércia do Estado *por tempo indefinido*, ainda que seja inocente. Certamente um resultado inconcebível!

E como referido acima, a prescrição não constitui preocupação tão-somente da doutrina nacional. Veja-se, por exemplo, o que ocorre na legislação antitruste da Comunidade Econômica Européia (art. 1.º do Regulamento n.º 2.988/74/EEC do Conselho):

“(1) The power of the Commission to impose fines or penalties for infringement of the rules of the European Economic Community relating to transport or competition shall be subject to the following limitation periods: a) three years in the case of infringements of provisions concerning applications or notifications of enterprises or associations of enterprises, requests for information, or the carrying out of investigations; b) five years in the case of all other infringements.”

Quanto ao item (d), a argumentação oferece uma dificuldade inicial de determinação de seu exato conteúdo pela utilização da expressão “Direito Econômico Administrativo”. Pelo que se depreende, pretende-se que a Lei n.º 4.137/62 seja matéria afeta ao direito econômico (o que será objeto de análise adiante), cujos princípios, contudo, devem merecer influências do direito administrativo (*provavelmente no tocante à interpretação mais flexível e menos formalística de seus dispositivos*), tendo em vista que a apuração e a repressão dos abusos foram confiadas a órgão administrativo.

Não se trata, portanto, propriamente, de resqúcio de tentativa de enquadramento da lei antitruste no direito administrativo. De qualquer modo, pretende a exclusão do instituto da prescrição (possivelmente considerado "formalista") em face da natureza do órgão repressor. Em outras palavras, conclui-se que a natureza da lei antitruste deve ser estabelecida pela natureza do CADE ou pela pretensa natureza menos formal (administrativa) dos procedimentos.

Ora, é evidente que a natureza de uma lei não se determina pela natureza do agente executor, mesmo porque quem executa a Lei n.º 4.137/62 não é o CADE, mas, sim, o Poder Judiciário, em observância ao princípio da separação de Poderes, sob pena de invasão de área proibida ao Executivo. Também não é essa natureza reconhecida pela do correspondente procedimento, mesmo porque o tema "prescrição" não constitui matéria *processual*, mas antes *direito substantivo*.

A natureza jurídica da lei antitruste nacional é de ser determinada em face de sua *substância intrínseca*.

Aliás, como dito, o não reconhecimento da prescrição em tema de abuso do poder econômico traz ínsitos enormes riscos de ofensas futuras aos direitos e garantias individuais pelo Estado onipotente. Por isso mesmo é que ENRIQUE R. AFTALIÓN, em sua clássica obra *Derecho Penal Económico*, pondera que o surgimento do direito penal econômico, com todas as suas conseqüências, foi fruto de longa elaboração, em demorado processo histórico, como afirmação dos direitos e garantias individuais. Decorre disto a verdade de que não é possível, sem grave risco para esses direitos e garantias, deixar de lado tão valioso repositório de normas tutelares, sob pena de se deixarem indefesos os acusados frente às possíveis arbitrariedades dos órgãos do Estado (cf. *op cit.*, apud MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Direito Penal Económico*, p. 13).

Como leciona JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, p. 77):

"Ora, a moldagem do processo penal, como contenda entre partes, implica no integral repúdio da forma inquisitiva de procedimento, e no reconhecer, outrossim, que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar a procedência ou não da pretensão punitiva do Estado."

No que se refere ao item (e), pretende-se equiparar o CADE à Fazenda Pública, o que, *prima facie*, é inaceitável, posto não proteger a Lei Antitruste nacional interesse do erário. Ademais, não se trata de processo movido pelo CADE contra o representado, eis que o CADE não é *parte*, como aliás já decidiu o próprio Conselho ("o CADE é juiz e não parte nos processos de averiguações preliminares e administrativos regidos pela Lei n.º 4.137, de 1962", apud FRANCESCHINI, "Poder Económico: Exercício e Abuso",

Ementa n.º 173, p. 175). O Conselho tem o direito de persecução penal-econômica, em expressão subtraída a BERNER, procurando tornar efetivo o *jus puniendi*, resultante do abuso do poder econômico para impor ao infrator a sanção pertinente (FRANCESCHINI, "O Processo de Apuração do Abuso do Poder Econômico na Atual Legislação do CADE". in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 96, pp. 158/159). O CADE é mandatário da coletividade na tarefa de restaurar a paz e a ordem econômico-jurídica atingidas pelo abuso do poder econômico, mas o *dominus litis* da ação é a Procuradoria-Geral, ou seja, a *Justiça Pública*. O CADE não poderia ser, ao mesmo tempo, parte e Juiz, sob pena de ofensa ao princípio *ne procedat judex ex officio* e à imprescindível separação que deve haver entre a "acusação" e a "quase-jurisdição" do Conselho.

De qualquer modo, nada há a opor ao reconhecimento de que a matéria prescricional segue, quanto à sua natureza jurídica, a da legislação em que se insere (que, como se verá, é penal-econômica).

6. Passando à respeitável decisão proferida no Processo Administrativo n.º 58, verifica-se estar ela embasada nas seguintes teses:

a) o reconhecimento ou não da prescrição exige a identificação das sanções aplicáveis segundo a legislação específica da repressão ao abuso do poder econômico;

b) a aplicação do art. 114 do Código Penal somente seria viável por via de analogia;

c) a aplicação da regra prescricional de direito penal implicaria negar ao direito econômico a legalidade e legitimidade da aplicação das sanções previstas na lei antitruste;

d) na maioria dos casos, a pena pecuniária é imposta juntamente com a sanção administrativa (ordem de cessação do abuso) que, se não observada, será seguida de uma sanção econômica (intervenção e desapropriação), importando em medidas que atingem o *status libertatis* do agente econômico em verdadeira seqüência punitiva (o que impediria a incidência do art. 114 do Código Penal que exige, no caso, ser a multa a única pena cominada);

e) o direito administrativo é estranho ao tema; e

f) a Lei n.º 4.137/62 é omissa quanto à prescrição.

Vejamos:

Não há objeções ao item e), tendo sido os itens b) e f) objeto de anterior análise excludente.

O item c) é, em verdade, o argumento nodal, que pretende inserir a legislação antitruste no direito econômico em substituição ao direito penal-econômico. Implicitamente, a tese resulta na negativa da própria existência

do ramo de direito mundialmente conhecido como direito penal-econômico, que seria absorvido pelo não menos novo direito econômico.

Inicialmente, há que se reconhecer que pretender desconhecer a existência do direito penal-econômico tem o mesmo resultado de desconhecer a existência do direito econômico — ou seja, é impossível!!! A evolução da ciência do direito, com o surgimento do direito econômico e do direito penal-econômico, é inarredável, cumprindo aos estudiosos a delimitação de cada campo, mesmo porque não são eles excludentes um do outro, mas, antes, complementares.

Desde Edwin H. Sutherland, que, já em 1938, empregava a expressão que o tornou famoso, “crime do colarinho branco”, o direito penal-econômico tem tido reconhecimento universal, chegando mesmo as Nações Unidas a incorporarem a seus estudos a noção de “abuso do poder”. Desarrazoada, portanto, *data venia*, qualquer tentativa localizada de seu desconhecimento.

Como salienta RICARDO ANTUNES ANDREUCCI (“O Direito Penal Econômico e o Ilícito Fiscal”, in *RT*, vol. 426, p. 299):

“Um problema jurídico da atualidade é o direito econômico, juntamente com o qual evolui o direito penal-econômico ou direito penal sócio-econômico, ambos com origem no intervencionismo estatal, fenômeno este que se sente com intensidade e que apresenta entroncamento com as funções que o Estado moderno desenvolve.”

A tese adotada implicitamente pela decisão é resultado de ser o direito econômico um composto híbrido de vários ramos da enciclopédia jurídica, com conteúdo ainda não definitivamente circunscrito, embora tendente a inarredável autonomia como ramo do direito. Todavia, seu conteúdo necessário, econômico, não pode fazer supor que os demais ramos do direito sejam não econômicos.

O próprio direito penal-econômico é também vago quanto ao seu conteúdo, sabendo-se, porém, que, ao contrário do direito econômico, o penal-econômico não aspira à autonomia. Como preleciona MANOEL PEDRO PIMENTEL (*op. cit.*, pp. 15 e 21), não se trata de um direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do direito penal comum e alerta:

“... o direito penal-econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do direito penal comum e, como tal, *sujeito aos mesmos princípios fundamentais destes*”.

“Nem mesmo a alegação de que este direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, po-

deria justificar a quebra dos princípios gerais do direito penal, aqueles mesmos já mencionados, como os da 'reserva legal' e da 'responsabilidade subjetiva' " (grifamos).

KLAUS TIEDMAN, citado por MARIA G. MORAIS DE GUERRERO (*Introducción a la Criminalidad Económica*, Universidade Católica Andrés Bello, Caracas, p. 48), define o delito econômico como:

"la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal, en la economía de un país"

e, de modo mais amplo,

"aquella infracción que, a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios".

Por seu turno, o direito econômico é a parte do ordenamento que reflete a política econômica ou, em outras palavras, que assimila ou traduz, no âmbito normativo, a direção emprestada pelo Estado ao processo econômico (RICOSSA, *A proposito del Diritto dell'Economia*, citado por MODESTO CARVALHOSA, *Direito Econômico*, p. 355). E complementa CARVALHOSA (*op. cit.*, p. 354):

"Seria, portanto, o direito da matéria econômica vinculada, ou seja, da estrutura econômica racionalmente eleita pelo Estado."

No dizer de FÁBIO KONDER COMPARATO ("O Indispensável Direito Econômico", in *RT*, vol. 353, p. 22):

"O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado."

Percebe-se, portanto, que as conceituações do direito econômico enfatizam o cunho da participação ativa do Estado, com a constituição de um sistema de normas jurídicas destinadas a regulamentar a realização da política econômica.

Em outras palavras, a inclusão da Lei n.º 4.137/62 no âmbito do direito econômico implicaria na *transferência da titularidade do bem jurídico "livre concorrência" da sociedade para o Estado*, o que, evidentemente, é inaceitável e até inconstitucional (art. 170), na medida em que transforma

o Estado em agente preferencial da organização das atividades econômicas. A respeito desse risco já alertava CARVALHOSA (*op. cit.*, p. 355):

“Ainda que o direito econômico seja o resultado histórico da extensão do papel do Estado na economia, exprime ele — como direito positivo — o fenômeno específico do poder público de intervir sistemática e racionalmente no processo. *Escapam, por conseguinte, de seu âmbito, as matérias repressivas de caráter administrativo-penal, que são tratadas pelo Direito Penal Econômico, que, por sua vez, é informado por outros princípios e categorias*” (*grifamos*).

Exemplo desses princípios é a prescrição.

Aliás, como dizia AFTALIÓN, citado por JOSÉ NABANTINO RAMOS (*Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, p. 94):

“Se bastasse a presença do elemento econômico para incluir uma atividade no campo do direito econômico, também o furto, o roubo, a herança e as obrigações deveriam pertencer-lhe. . .”

Não só. Seria, por exemplo, parte integrante do direito econômico toda a matéria fiscal atualmente objeto do direito tributário, posto evidente seu conteúdo econômico?

Não se pode, em resumo, olvidar, que a remissão da Lei n.º 4.137/62 ao direito econômico traz consigo o risco de que o Estado, no exercício de seus poderes intervencionistas, atinja a própria liberdade econômica, não sendo aceitável conceder-lhe a tutela da “livre concorrência” sob a reivindicação de maior elasticidade no magistério punitivo, sob pena de, a qualquer tempo, se ferirem os direitos e garantias individuais protegidos pelo direito penal. Como salientado por RICARDO ANTUNES ANDREUCCI (*op. cit.*, p. 310):

“Não é este o desiderato do autêntico direito penal, que foi justamente chamado por ANIBAL BRUNO de um sistema jurídico de dupla face, pois se, por um lado, protege a sociedade, de outro, preserva o indivíduo do excesso de poder que contra ele possa se desenvolver.”

Poder-se-ia argumentar, outrossim, que inconcebível seria a criação de um direito penal especial para cada novo ramo do direito.

Quanto a este ponto bastaria lembrar que, a par do fato de o direito penal econômico ter reconhecimento universal, não é ele, como visto, ramo autônomo, constituindo, antes, mera especialização do direito penal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais que o norteiam. Não se trata, portanto, de criação de um novo direito sancionatório de cada novo ramo jurídico que surja.

Em resumo, a aplicação da regra prescritiva de direito penal aos abusos do poder econômico não nega ao direito econômico sua aspiração à autono-

mia na ciência do direito como um sistema normativo voltado à orientação do processo econômico, mediante a regulação, sob ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal (EROS ROBERTO GRAU, *Elementos de Direito Econômico*, p. 31). Todavia, suas regras são desprovidas de *pena* (no sentido retributivo ou aflitivo), tal como o direito civil, o direito comercial, o direito administrativo e o direito constitucional, dos quais o direito econômico hauriu suas origens. Não pode o direito econômico portar-se como verdadeiro “buraco negro” absorvendo todos os institutos jurídicos que porventura com ele tenham relacionamento. Por isso mesmo o Estado lança mão da sanção penal cominando penas a determinados comportamentos que, no âmbito dessas relações econômicas, vêm reclamar repressão mais drástica (MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Direito Penal-Econômico*, p. 10).

Ao direito econômico nada se pretende retirar, mas, antes, apenas reconhecer que o aspecto penal não lhe pertence, mas sim ao direito penal-econômico, cuja existência a tese esposada no Processo Administrativo n.º 58 se esforça em vão por negar.

Os itens (a) e (d) acima referidos são, em realidade, corolários da posição adotada no item (c) e procuram justificar a inaplicabilidade da prescrição aos delitos de abuso do poder econômico na medida da pretensa (com todo o respeito) existência de uma punibilidade plúrima.

Ocorre que a única sanção por violação à lei antitruste é a pecuniária de que trata o art. 43 da Lei n.º 4.137/62.

Não constitui sanção a ordem de cessação do abuso do poder econômico. A ordem representada por uma obrigação de fazer ou não fazer é o resultado natural do reconhecimento da antijuridicidade do ato praticado pelo infrator e não uma pena. Caso contrário, a ordem implícita na sentença condenatória por lesões corporais de que não deve mais o criminoso lesar a integridade física alheia seria igualmente uma sanção! A pena é retributiva e acarreta uma privação de bens jurídicos, imposta ao infrator, em face do ato, ou omissão, praticado, não sendo este o caso da ordem de cessação.

E mais. Como bem observado na decisão do Egrégio Conselho, a chamada “sanção administrativa” é imposta “na maioria dos casos”, ou seja, nem sempre. Ora, o preceito secundário da norma punitiva pode ser cominado de forma exclusiva e/ou alternativa (multa e/ou prisão), mas nunca eventual.

A ordem de cessação do abuso do poder econômico, portanto, não é pena. Quando muito, configurava medida de segurança que, como se sabe, tem natureza administrativa, e em que predomina o cunho preventivo sobre o aflitivo. De qualquer modo, mesmo para os doutrinadores que consideram as medidas de segurança uma sanção (mas nunca uma pena), é pacífico que, em tema de prescrição, não se cumulam penas e medidas de segurança

para se evitar a aplicação do art. 114 do Código Penal, posto que esse entendimento, no mínimo, implicaria na revogação indireta do comando legal.

Por outro lado, a “sanção econômica” que se seguiria às “sanções pecuniárias e administrativas” de que trata a decisão do Conselho *não repreen- de o abuso do poder econômico* objeto do Processo Administrativo finaliza- do, mas, *sim o não cumprimento das determinações do CADE* (portanto, outra infração) (art. 47 da Lei n.º 4.137/62).

Da mesma forma, no direito penal, o não pagamento da pena da multa (ato ilícito) resulta na sua conversão em detenção (art. 38 do Código Penal). Nem por isso, a possibilidade impede a aplicação do art. 114 do Código Penal.

O mesmo raciocínio, se válido, seria aplicável, portanto, ao direito pe- nal (apenas para argumentar, é claro). A sanção pecuniária poderia se seguir uma medida de segurança (sanção administrativa) e mais, caso não cumpri- da aquela, uma sanção ulterior (conversão da pena em restritiva da liber- dade) — seqüência punitiva, na linguagem da decisão.

É importante anotar, contudo, que reconhece a referida decisão que as medidas impostas pelo CADE “atingem o *status libertatis* do agente econô- mico, particularmente quanto ao exercício da própria atividade econômica”. Não se poderia concordar mais, posto que, implica, *quantum satis, no enqua- dramento da lei antitruste no âmbito do direito penal-econômico*.

IV. A posição do autor

7. Que a lei antitruste nacional é de natureza penal-econômica é in- dubitável, como alhures salientado (FRANCESCHINI, “A Lei Antitruste Brasileira e o CADE: Alguns Aspectos”, *Revista de Direito Público*, vol. 75, p. 298), não só por seu já apontado fundamento histórico, oriundo do ordenamento jurídico congênere norte-americano, mas também por força de sua própria natureza intrínseca (haja vista encontrar-se, desde seu surgi- mento, mesclada à legislação protetora da economia popular).

Quanto à primeira remissão (origem histórica), basta lembrar com SULLIVAN (*Antitrust*, p. 148) que “toda violação das leis antitruste (nor- te-americanas) é um crime punível com prisão de até um ano e multa no va- lor máximo de US\$ 1 milhão, caso o réu seja uma pessoa física, ou US\$ 100.000,00, caso seja uma pessoa jurídica”.

Da mesma forma, relembrem-se, em reforço do entendimento, as anti- gas disposições criminais cominadas às restrições ao livre comércio dos arts. 419 e 420 do Código Penal francês (1810) e do art. 498 do Código Crimi- nal canadense (1889), este introduzido, provavelmente e de certa maneira, como resultado da agitação nos Estados Unidos que levou, um ano mais tarde, à promulgação da Lei Antitruste Sherman. Mais recentemente, vejam- se os preceitos penais dos arts. 89 e 97 da Lei japonesa antimonopólio, de 1947.

Em relação à natureza intrínseca, cumpre iniciar o exame pela definição de direito penal, o qual, como muito bem assinala o emérito Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Legislação Penal Especial*, p. 3), deve ser conceituado sempre com referência expressa ao seu conteúdo substancial, fugindo, assim, de uma definição meramente formal. Assim temos a definição de STAMPA BRAUN (*Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, p. 19), a saber: "Direito penal é o ordenamento jurídico autônomo, pertencente ao direito público, que tutela, mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, as condutas que contra aqueles interesses atentem (delitos)". Ora, como se sabe, dentro do ordenamento neo-capitalista adotado pelo sistema jurídico brasileiro, a "livre concorrência" configura esse interesse fundamental do indivíduo e da sociedade de que fala o mestre, cuja violação acarreta a aplicação de uma pena (pecuniária) e, eventualmente, de uma medida de segurança.

Esse entendimento é, em verdade, virtualmente pacífico na doutrina de várias tendências e formações e de várias épocas, não se limitando, portanto, aos estudiosos do direito penal e/ou aos juristas que antecederam o surgimento do direito econômico.

Vejamos, por exemplo, a lição:

a) do comercialista OSCAR BARRETO FILHO ("Parecer", *apud* FRANCESCHINI, *Poder Econômico*, p. 463):

"A objeção que deve ser formulada, todavia, é a de que, *antes de ser uma lei de caráter econômico, a Lei Antitruste é uma Lei de caráter Penal*, de tal sorte que aos julgadores é essencial o conhecimento do direito e do processo penais, além do direito privado inerentes à formação jurídica" (*grifamos*);

b) do processualista JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Direito Penal Econômico — Princípios sobre a Interpretação de suas Normas", *apud* FRANCESCHINI, *op. cit.*, pp. 476 e 477):

"A intervenção do Estado, na vida econômica das empresas particulares, ditada pelos modernos princípios da 'economia dirigida', acabou criando 'une branche nouvelle du Droit Pénal', designada pelo 'nomen juris' de Direito Penal Econômico.

.....

Verifica-se, do exposto, que os fatos descritos na consulta estão no âmbito do direito penal econômico brasileiro e submetidos a suas normas e princípios, regras legais e postulados, uma vez que tanto a Lei n.º 1.521, *como a Lei n.º 4.137, de 1962*, constituem o sucedâneo e base desse ramo da ciência jurídica, em nossos sistemas legislativos" (*grifamos*);

c) do constitucionalista PONTES DE MIRANDA:

"A lei, a que se refere o art. 148, é *Penal* e pode ser parte da lei especial de que cogita o art. 146, ou de alguma lei geral, *inclu-*

sive o Código Penal" (grifamos) (Comentários à Constituição de 1946, vol. IV, 2.^a edição, p. 504).

"Corresponde isso à *intervenção penalística* dos governos na economia (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, 2.^a edição p. 50) (grifamos).

"Pergunta-se: — Tratando-se de caracterização de delitos, punidos com penas severas, *como os que se definem na Lei n.º 4.137*, é de exigir-se rigoroso enquadramento da falta imputada na definição legal, para que se possa cogitar de delito?

Respondo: — Fora de qualquer dúvida, se interpreta *regra jurídica penal*, ou mesmo civil ou comercial, se contém pena ou multa, ou elemento desconstitutivo" (grifamos) ("Acusação Injustificada de Abuso do Poder Econômico", apud FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 485);

d) do civilista OROSIMBO NONATO ("Cláusula de Exclusividade em Contrato de Fornecimento", apud FRANCESCHINI *op. cit.*, p. 490):

"O caso da consulta é de caracterização de 'delitos', punidos severamente, como os definidos na Lei n.º 4.137.

Daí, a indagação: para sua ocorrência não se torna exigível enquadramento rigoroso da falta imputada na definição legal?

A resposta afirmativa se impõe irresistivelmente e se contém no art. 1.º do CP: '*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*'" (grifamos);

e) do jurisfilósofo MIGUEL REALE ("Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais", apud FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 521):

"As mencionadas disposições constitucionais não possuem, como poderia parecer, mera '*destinação penal*', mas cobrem todos os domínios da experiência jurídica, *como se dá, por exemplo, com a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962*, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, discriminando as suas formas e criando um Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com uma Procuradoria, à qual foram reconhecidas funções equiparadas às do Ministério Público" (grifamos); e

f) do processualista CELSO NEVES ("Disciplina da Lei Antitruste no Sistema Jurídico Brasileiro", apud FRANCESCHINI *op. cit.*, p. 588):

"No que se refere às atribuições administrativas do CADE, é evidente que, *envolvendo matéria de caráter penal*, a observância rigorosa dos preceitos de forma, a subordinação ao princípio da ampla defesa, a vinculação à prova provada, com a conseqüente repulsa às imputações calcadas em meros indícios ou circunstân-

cias e, especialmente, às simples suposições ou conjecturas, sem contrapartida objetiva em elementos de convicção dotados de efetiva atendibilidade, constituem pressupostos inelimináveis de validade e eficácia de suas decisões” (*grifamos*).

Despiciendo é falar o óbvio, ou seja, que os penalistas reconhecem a existência do direito penal-econômico, tais como MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Direito Penal Econômico*) e RICARDO ANTUNES ANDREUCCI (*O Direito Penal Econômico e o Ilícito Fiscal*), nele inserida a Lei n.º 4.137, de 1962.

E mais:

No recente I Seminário Nacional sobre Abuso do Poder Econômico, realizado em Brasília, também se verificaram intervenções favoráveis ao enquadramento da Lei n.º 4.137/62 no plano do direito penal econômico, tal como a palestra proferida por GERSON PEREIRA DOS SANTOS (autor de *Direito Penal Econômico* e que sugeriu, até mesmo, a inclusão do tema no próprio Código Penal, na linha do Anteprojeto do Código Penal (arts. 372 a 383), publicado no *DO*, de 28 de outubro de 1987, Seção I, pp. 17.777 e segs., cuja elaboração contou com a contribuição de juristas de escol, a saber, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, LUIZ VICENTE CERNICHIARO, MIGUEL REALE JUNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, MANOEL PEDRO PIMENTEL, EVERARDO DA CUNHA LUNA, JAIR LEONARDO LOPES, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO e JOSÉ BONIFÁCIO DINIZ DE ANDRADA), além do autor deste (“O Processo de Apuração do Abuso do Poder Econômico”, in *Rev. de Informação Legislativa*, n.º 96, pp. 155 e seguintes), tudo conforme os Anais do proveitoso Seminário (*Revista Direito Econômico*, Nova Fase, vol. 3, pp. 54/57 e 91/103).

Isto para não mencionar, por ocioso, a doutrina estrangeira, na qual se destaca, evidentemente, AFTALIÓN com sua monumental obra *Derecho Penal Económico*.

Não difere a tendência jurisprudencial:

a) sentença do MM. Juiz FLEURY ANTONIO PIRES, da 13.ª Vara Federal em São Paulo, no Processo n.º 5276403:

“E isto porque, regulamentando dispositivo constitucional, a Lei n.º 4.137/62 tem efetivamente natureza penal, situando-se dentro do campo do direito penal econômico, não só por sua origem histórica como também por força de sua natureza intrínseca, vez que o diploma legal em tela não se destina a dirimir interesses particulares, sendo seu objeto jurídico não propriamente a política econômica do Estado, mas, sim, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, constitucionalmente garantidas” (*grifamos*); e

b) acórdão da 4.^a Turma do TFR, de 29 de outubro de 1986, da lavra do Ministro ILMAR GALVÃO, na Apelação Cível n.º 56.282-SP:

“Neste passo, convém observar que o *delito de abuso do poder econômico* não se consuma pela simples existência de um dos fatos descritos nas letras dos incisos do art. 2.º da Lei n.º 4.137/62.

É preciso que aqueles fatos provoquem o resultado previsto na redução dos incisos. O fato, sem o resultado, é *penalmente indiferente*” (*grifamos*).

Quanto à Procuradoria-Geral do CADE, seria aborrecido e desnecessário citar todas as passagens em que aquele órgão se manifestou nesse sentido, como se pode verificar da coletânea de ELBRUZ MOREIRA DE CARVALHO, *Abuso do Poder Econômico*.

Apenas a título exemplificativo, além da já apontada manifestação do douto Procurador-Geral no Processo Administrativo n.º 47, apontada pelo ilustre Conselheiro GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA, observa-se o pronunciamento exarado pelo representante do “parquet” no Processo Administrativo n.º 71 (fls. 728 do Processo):

“Em princípio, quer-nos parecer que os fatos estariam a indicar práticas restritivas da concorrência, através da eventual ofensa aos ditames da letra ‘g’, do inciso I, ambas do art. 2.º da lei. E sendo *inegável o caráter penal da lei antitruste em vigor*, tudo estaria a aconselhar o cuidadoso prosseguimento do exame da hipótese até a obtenção de um juízo de admissibilidade tendente à inauguração da fase contenciosa” (*grifamos*).

Aliás, em inequívoca demonstração de que não são pacíficos os novos entendimentos sobre a matéria, no mesmo Processo Administrativo n.º 71 (fls. 1.194 dos autos), assim se pronunciou o honrado Conselheiro MAURO GRINBERG, esposando, *concessa venia*, a melhor doutrina, em recente despacho de 4 de maio de 1987:

O Processo Administrativo que corre no CADE, sendo de natureza penal econômica, é de interesse geral da sociedade, de tal sorte que a Representante nem sequer é parte no processo” (*grifamos*).

Tendo em vista o acima, o não reconhecimento da localização da lei antitruste nacional no âmbito do direito penal-econômico seria, em verdade, violador da preciosa máxima “*minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*”, que impõe o respeito à exegese pacífica, fazendo observar as normas de acordo com o sentido e o alcance definidos durante anos pela doutrina e pela jurisprudência.

Resta indubitável, portanto, a aplicabilidade do art. 114 do Código Penal em tema de abusos do poder econômico.