

**INTRODUÇÃO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE**

***INTRODUCTION TO THE ADMINISTRATIVE SANCTIONING PROCESS OF THE
ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE - CADE***

Alan Pereira de Araújo¹

Resumo: O presente artigo analisa, em linhas gerais, o processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) regulado pela Lei 12.529/2011, com destaque para o rito aplicável à espécie e para a questão da prescrição pertinente, inclusive no caso de cartéis.

Palavras-chave: Processo administrativo. Infração. Multa. Prescrição.

Abstract: This article analyzes, in general terms, the administrative sanctioning process of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) regulated by Law 12,529/2011, with emphasis on the rite applicable to the species and the issue of the pertinent prescription, including in the case of cartels.

Keywords: Administrative process. Infraction. Fine. Prescription.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República consagrou a tutela da Ordem Econômica, dispondo o seu artigo 173, § 4º, que lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Com o objetivo de conferir eficácia à disposição constitucional, adveio a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores² e repressão ao abuso do poder econômico,

¹ Procurador Federal. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos (FMC). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UGF). Pós-graduado em Direito Público (FDDJ). ORCID: 0000-0003-4154-1391.

² A rigor, concorrência é direito de quem produz, mas também de quem consome. Por isso, consideramos correta a afirmação de Marcelo Mosconi (2005, p. 178) no sentido de que o Direito Antitruste também é Direito do Consumidor, “no atacado”, pois “toda decisão de proteção à concorrência também considera a posição do consumidor na relação jurídica, para encontrar o equilíbrio em face às informações disponíveis no mercado e à regra da razão”.

figurando a coletividade como a titular dos bens jurídicos por ela protegidos (art. 1º), ou seja, tutelando a concorrência como valor difuso.

O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – entidade judicante - e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (art. 3º), restando extinta a antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE).

Ao CADE, em razão do poder de polícia concorrencial que lhe foi atribuído por lei, compete decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados e instruídos por sua Superintendência-Geral.

Para tanto, a autarquia se vale de um processo administrativo sancionador específico, disciplinado pela Lei 12.529/2011 e aqui analisado em suas linhas gerais.

Nesta tarefa foi utilizado o método jurídico-descritivo, com pesquisa em fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais sobre o tema.

2 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

O surgimento de uma primeira legislação concorrencial no Brasil remonta a 1945, com o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho daquele ano (a *Lei Malaia*)³, mas foi em 1962, a partir da edição da Lei nº 4.137, que o país ganhou um órgão especificamente responsável por zelar pela defesa da concorrência, o CADE.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, de seu lado, cumpriu um papel histórico e estruturante ao constituir o CADE – agente modernizador e defensor da concorrência - como autarquia, instituir o controle de atos de concentração e prever instrumentos efetivos de investigação contra condutas anticompetitivas.

Em 2012, porém, ano em que o CADE completou 50 anos, entrou em vigor a Lei 12.529/2011, trazendo um arranjo institucional capaz de estimular o ambiente competitivo,

³ Conta-nos Mário André Machado Cabral (2015) que a Lei Malaia - tida por alguns como a primeira lei antitruste brasileira – foi criada pelo último Ministro da Justiça e Negócios Interiores do Estado Novo, Agamemnon Magalhães. Referida lei era vocacionada para a repressão do abuso do poder econômico, elencando condutas tidas como ilícitas, a exemplo do cartel, e estabelecendo um controle prévio para fusões e aquisições em setores específicos, como o bancário, o de comunicações, o bélico e o elétrico, entre outros. Segundo o autor, “também instituiu uma autoridade (a Comissão Administrativa de Defesa Econômica) incumbida, dentre outras atribuições, de (i) investigar e julgar os casos de abuso do poder econômico e (ii) analisar os pedidos de autorização para empresas se fundirem ou adquirirem umas às outras em setores como os mencionados acima. O apelido ‘malaia’ adveio das feições físicas ligeiramente orientais de Agamemnon.” Sobre o tema, confira-se ainda as “Achegas à Lei à Lei n. 8.884/94” de Washington Peluso Albino de Souza, texto rico em informações históricas e políticas que envolveram a Lei 4.137/1962.

melhorar as condições para a defesa dos direitos econômicos e reafirmar o compromisso de construir um modelo de desenvolvimento inclusivo (BRASIL, 2013).⁴

Assim, o CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal e que tem por missão institucional zelar pela livre concorrência no mercado⁵, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir⁶, em última instância, sobre a matéria concorrencial, bem como fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

Como observa Rafael Brum Miron (2005),

A atuação do CADE ocorre basicamente de três formas: a) repressiva, pela qual se averigua a existência de infrações e aplicam-se as penalidades cabíveis; b) preventiva, pela qual se faz o controle de condutas, sendo o principal instrumento o exame dos atos de concentração; e c) educativa, por meio da divulgação e da promoção da livre concorrência, sendo seu principal elemento as consultas. (Miron, 2005, p. 218)⁷

Suas atribuições foram elencadas no artigo 9º da Lei 12.529/2011, destacando-se: decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; ordenar providências

⁴ Como observam Thadeu Augimeri e Valter Santin (2021, p. 1457), “a Lei 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e estabelece disposições concernentes à prevenção e à repressão às infrações contra a ordem econômica, com ênfase ao papel desempenhado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na evitação e na punição do abuso do poder econômico e dos ilícitos administrativos anticoncorrenciais, manifestando o poder de polícia também em todos os modos ou momentos do ciclo de polícia (v. arts. 9º, 13 e 31 e seguintes), em prol dos interesses difusos e coletivos de todos os sujeitos que intervêm na cadeia econômica, desde a produção até o consumo.”

⁵ A livre concorrência, explica Isabel Vaz (1997, p. 272-273), “encontra-se vinculada ao princípio da soberania de natureza econômica (artigo 170, inciso I, da Constituição Federal), que veda o exercício de qualquer atividade contrária aos interesses da economia da nação.” Segundo a autora, a livre concorrência possui natureza instrumental, “fato que conduz o intérprete a classificá-la como um instrumento de política econômica posto a serviço do desenvolvimento econômico e dos superiores interesses da economia nacional.” A afirmação tem razão de ser, pois de acordo com o artigo 219, *caput*, da Constituição da República, “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.” Assim, em última análise, ao zelar pela livre concorrência, o CADE estará protegendo o mercado interno e, pois, o patrimônio nacional.

⁶ Na condição de autarquia competente para realizar a prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, o CADE exerce poder de polícia, “na medida em que emite decisões cujos comandos têm o condão de impor condutas positivas (fazer) ou negativas (não fazer) diretamente aos agentes econômicos.” (AC 0000492-41.2002.4.01.3400, Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho, conv., TRF1 – 7ª Turma, e-DJF1 de 15/08/2008, p. 352).

⁷ De acordo com Alexandre Cordeiro Macedo (2014, p. 44), “duas foram as formas de repressão ao abuso de poder econômico previstas no direito antitruste brasileiro: o controle de estruturas – incluindo fusões, aquisições e *joint ventures* que aumentam a participação de mercado de um agente econômico – e a repressão a condutas verticais e horizontais prejudiciais à concorrência.”

que conduzam à cessação de infração à ordem econômica; aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações⁸; apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica⁹, na forma daquela Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e, ainda, decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.¹⁰

⁸ O acordo em controle de concentrações (ACC), explica Maria Gabriela Castanheira Bacha (2017, p. 435) com apoio em estudo desenvolvido por Patrícia Semensato Cabral e César Mattos, é um acordo celebrado entre o CADE e as partes requerentes de um Ato de Concentração, que objetiva estabelecer uma solução intermediária entre a aprovação incondicional e a reprovação total de determinada operação que gere efeitos anticompetitivos. Nessa ordem de ideias, “o ACC estipula remédios antitruste que deverão ser implementados pelas partes requerentes (chamadas no âmbito do ACC de ‘compromissárias’) como condição para a aprovação do Ato de Concentração, de modo que determinadas eficiências decorrentes da operação sejam preservadas, ao mesmo tempo que os problemas concorrenciais identificados sejam endereçados”.

⁹ No caso dos atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1997, p. 88), o CADE “toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais.”

¹⁰ Sobre o tema, Thiago Marrara (2020, p. 100-102) esclarece, em estudo específico, que “o direito concorrenciais brasileiro é preñado de instrumentos pró-consensuais de natureza contratual que inspiram e estimulam o movimento de consensualização do direito administrativo e servem de inspiração para outros setores. Em comum, todos esses acordos passam por cinco fases: (i) propositura; (ii) negociação; (iii) celebração; (iv) execução e (v) extinção.” Segundo o autor, “o controle de concentrações econômicas, por meio do qual o CADE exerce uma atividade de prevenção de danos concretos contra a ordem econômica ao examinar fusões, aquisições e outros instrumentos jurídicos congêneres, abrange dois acordos de natureza integrativa”, a saber, os acordos em concentrações (ACC) e os acordos de preservação de reversibilidade (APRO). Nessa toada, “o controle de concentrações demonstra que os acordos podem se vincular quer a decisões autorizativas liminares e precárias editadas ao longo do processo administrativo, como o APRO (que, apesar da falta de previsão legal, sustenta-se numa interpretação sistemática da LDC), quer a decisões finais, como o ACC. Em todas as situações, eles se destinam a afastar os inconvenientes de um modelo decisório binário (autorizar ou negar), abrindo múltiplos caminhos decisórios e, com isso, permitindo que o CADE possa elaborar soluções autorizativas mais criativas e aptas a compor os incontáveis interesses públicos primários e direitos fundamentais que uma operação de concentração econômica envolve.” Já o controle de condutas, como atividade repressiva de infrações contra a ordem econômica, “envolve igualmente dois tipos de acordo que, em comum, apresentam para o acusado a vantagem de afastar ou mitigar sanções, dentro e fora do processo concorrenciais, e oferecem ao CADE a possibilidade de solucionar questionamentos de mercado e concluir inquéritos e processos punitivos com maior celeridade e efetividade, o que, em última instância, contribui para a estabilização de suas decisões, para a redução da litigiosidade e para o aumento de sua legitimidade diante do mercado e da sociedade.” São eles: os acordos de leniência (AL) e os compromissos de cessação de prática (TCC). O acordo de leniência “representa um instrumento de diálogo e ajuste com um infrator confesso com o objetivo de viabilizar a instrução e garantir a conclusão bem-sucedida dos processos punitivos.” Neste contexto, a legislação concorrenciais adotou um modelo sustentado em regras que “diferenciam os benefícios conforme o momento da celebração do acordo, vedam múltiplos acordos com pessoas jurídicas e garantem amplos efeitos penais às pessoas físicas.” Por fim, com relação aos compromissos de cessação, “configuram o segundo acordo no controle de condutas e o único dos quatro acordos com efeito substitutivo do processo administrativo concorrenciais.” Na prática, arremata o autor, “o compromisso permite ao Estado solucionar rapidamente

Já as importantes atribuições da Superintendência-Geral encontram-se no artigo 13 da Lei, sendo as principais: monitorar e acompanhar as práticas de mercado; acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica; promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica; requisitar informações, esclarecimentos orais e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas; realizar inspeções na empresa investigada, inclusive em seus livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos; requerer ao Poder Judiciário, por meio da sua Procuradoria, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, sendo inexigível a propositura de ação principal; requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação; recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem

questionamentos quanto a condutas econômicas sem os custos técnicos, financeiros e humanos de um processo sancionador e sem os riscos da sua instrução. Ao fazê-lo, os compromissos tutelam o interesse público ao mesmo tempo em que liberam tempo e recursos para que o CADE se dedique a assuntos e casos prioritários ou de maior impacto, de modo a contribuir, em sentido abrangente, para a efetividade da política de defesa da concorrência como um todo."

econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão; prestar ao Poder Judiciário, quando solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

A par disso, e na síntese formulada por Thiago Marrara (2015),

A Lei nº 12.529/2011 operou uma pequena “revolução” no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas não sobre o direito econômico e sim sobre a estruturação e as formas administrativas de ação desse sistema. Incontáveis foram as modificações organizacionais e processuais, as quais se referem: “1) ao fortalecimento e à ampliação orgânica do CADE; 2) à redução do papel da SEAE basicamente a atividades de prevenção geral (i.e. educativas, científicas etc.); 3) à (pretensa) limitação do papel do Ministério Público nos processos concorrenciais, concentrando-se sua função na atividade repressiva; 4) à consolidação do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) como órgão técnico de apoio, sobretudo na instrução e em relação a questões econômicas; 5) à substituição do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) pela Superintendência-Geral (SG), como órgão do CADE e não do Ministério da Justiça; 6) ao incremento da base legal dos poderes instrutórios do CADE, exercidos em regra pela SG; 7) à reclassificação dos processos administrativos concorrenciais em geral, estipulando-se novas regras procedimentais; 8) à transformação dos processos administrativos de controle de concentrações, entre outras coisas, mediante a regra da aprovação prévia, a permissão de julgamentos de casos mais simples pela SG em um sistema de duas instâncias e a modificação dos tipos de acordo administrativo; 9) às modificações do processo administrativo sancionador, por exemplo, mediante a definição mais clara dos objetivos de cada tipo processual, a alteração dos critérios de cálculo da sanção e alterações na disciplina jurídica dos acordos; e 10) ao reforço dos recursos humanos da agência em favor de seu bom funcionamento administrativo”. (Marrara, 2015, p. 256-257)

Dito isto, vejamos, a seguir, o que vem a ser uma infração da ordem econômica.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA

Infrações da ordem econômica são, em princípio, infrações administrativas, qualificadas por malferirem a concorrência e, pois, o funcionamento do mercado. São infrações complexas,

que necessitam da existência do poder de mercado e da ocorrência de um dos efeitos previstos no artigo 36 da Lei 12.529/2011 para se realizar.¹¹

De acordo com o mencionado artigo 36, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa (a responsabilidade é objetiva mas não dispensa o nexo de causalidade!), os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inc. I); dominar mercado relevante de bens ou serviços (inc. II); aumentar arbitrariamente os lucros (inc. III); e exercer de forma abusiva posição dominante (inc. IV).

Seu parágrafo 3º apresenta, ainda, uma lista exemplificativa de comportamentos potencialmente ilícitos, cuja apuração restou parcialmente prejudicada durante a pandemia do Covid-19 (art. 14 da Lei 14.010/2020).¹²

Assim, como observa Thiago Marrara (2017, p. 228), “o ordenamento brasileiro torna puníveis: (a) as condutas (passadas ou presentes) com efeitos anticoncorrenciais reais (passados ou presentes) e (b) as condutas (passadas ou presentes) com efeitos anticoncorrenciais potenciais no futuro.” Dessa forma, ter-se-ia, no primeiro grupo, a “infração concorrencial por dano” e, no segundo, a “infração concorrencial por perigo de dano”.

A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis à pena de multa (art. 37). No caso de empresa, multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo

¹¹ A propósito do tema, ensina Roberto Taufick (2007, p. 151) que os ilícitos concorrenciais podem ser divididos entre aqueles de natureza estrutural e os de natureza comportamental (condutas). Explica o autor que, genericamente, “o controle de estruturas volta-se para atos que impliquem concentração de poder de mercado, o que ocorre quando dois ou mais agentes se juntam para a consecução de um fim comum. Essa união pode ter natureza física (como nos casos de fusões e incorporações) ou meramente pragmática/finalística (como nas clássicas *joint ventures*). Com relação às condutas, o controle volta-se contra práticas que tenham por fim ou que possam produzir efeitos anticoncorrenciais.” Daí se extrai que a atuação do CADE envolve o desempenho de atividades de alto grau de especificidade e complexidade, uma vez que demanda a análise dos mercados envolvidos, com delimitação de produtos e do espaço geográfico correspondente, exame da elasticidade e substitutibilidade do produto, capacidade de oferta e demanda, exercício de poder de mercado, dentre outras atividades (AC 0024688-41.2003.4.01.3400, Rel. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho, TRF1 – 7ª Turma, e-DJF1 30/05/2008, p. 371).

¹² A norma indicada, nos conta Roberto Pfeiffer (2021) em seu interessante artigo, criou uma isenção antitruste, ou seja, “ainda que uma empresa pratique algumas das condutas descritas e ela tenha impacto concorrencial (ou seja, possa produzir alguns dos efeitos previstos no *caput* do art. 36 da Lei n. 12.529/2011), não haverá a subsunção da conduta ao tipo infração da ordem econômica.” Porém tal isenção foi limitada no tempo, abrangendo apenas o período compreendido entre 20/03/2020 e 31/12/2020, data de cessação dos efeitos do Decreto Legislativo nº 6/2020.

administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação (inc. I); no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 e R\$ 2.000.000.000,00 (inc. II); no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I acima mencionado, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do mesmo artigo (inc. III). Eventuais agravantes foram descritas no artigo 45 da Lei.

Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro (§ 1º). Ainda no cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do artigo 37, o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pela autarquia, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea (§ 2º).¹³ Existe, ainda, a possibilidade de aplicação de multa diária (arts. 39, 40 e 100 da Lei 12.529/2011).

De qualquer modo, as diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente (art. 32). Serão solidariamente responsáveis, ainda, as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica (art. 33). Trata-se, porém, de situação a ser avaliada no caso concreto.¹⁴

¹³ Sobre a base de cálculo das multas, explica Mariam Daychoum (2015, p. 175-176) que “o que antes era calculado com base no faturamento bruto total da empresa, hoje é feito com base no faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração. Na lei atual, há ainda a possibilidade de se calcular a multa com base no faturamento bruto total, mas apenas quando a empresa não disponibiliza o faturamento bruto no ramo de atividade, seja porque difícil ou impossível de se obter.” Informa a autora, ainda, que o faturamento no ramo de atividade não é um critério objetivo como o era o faturamento total. Por isso, o CADE buscou tornar o critério mais seguro, editando a Resolução nº 03/2012, modificada pela de número 18/2016.

¹⁴ De acordo com Alexandre Faraco (2022, p. 134-135), para que houvesse a configuração de grupo econômico – a partir de um precedente do CADE (o Requerimento 08700.005448/2010-14) – “a conexão que precisaria existir entre as sociedades seria aquela decorrente da ‘presença de uma unidade decisória central’ cuja atuação impactaria a formulação da ‘estratégia competitiva’”. A existência dessa unidade decisória pode se basear em

Por fim, será admitida a desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como na hipótese de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (art. 34), à semelhança do que já dispunha o artigo 18 da revogada Lei 8.884/1994.

Vejam, agora, como se desenvolve o processo punitivo do CADE.

4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DO CADE: RITO APLICÁVEL E LIMITES TEMPORAIS AO PODER PUNITIVO DA ADMINISTRAÇÃO

A rigor, o processo administrativo sancionador é um processo *administrativo* – não judicial ou penal – que tem por objetivo aplicar uma sanção àquele(a), pessoa física ou jurídica, que houver cometido uma infração administrativa, violando, então, uma norma administrativa presente no ordenamento, de observância obrigatória, ainda que não prevista em lei formal, mas na “legislação” (em sentido amplo), caso em que será necessária uma autorização legal expressa para esta medida. A ele, naturalmente, aplicam-se as garantias constitucionais relativas ao devido processo legal, especialmente manifestadas através dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

O processo administrativo sancionador é, ainda, o instrumento que veicula o chamado Direito Administrativo Sancionador, que de acordo com Daniel Ferreira (2012, p. 170) é “o conjunto de normas (regras e princípios) sistematicamente organizadas, que tratam das infrações e das sanções apuráveis e impositivas, respectivamente – e das excepcionais alternativas para tanto, no regular exercício da função administrativa.”

No passado, o processo administrativo no âmbito do CADE encontrava disciplina no Título VI da Lei 8.884/1994, complementado pelas disposições da Resolução nº 20/1999 do CADE e Portarias MJ nº(s) 849/2000 e 04/2006. Atualmente, porém, o artigo 48 da Lei 12.529/2011 enumera os procedimentos administrativos instauráveis para prevenção, apuração

vínculos societários, mas pode envolver outros aspectos e não necessariamente aqueles vínculos serão suficientes. O que importa é verificar se de fato determinado conjunto de sociedades atua como unidade econômica no mercado em determinado contexto.” Em suma, “o grupo econômico se define a partir da conduta investigada e das relações entre sociedades que permitem identificar, naquela circunstância concreta, uma direção unitária da estratégia competitiva.”

e repressão de infrações à ordem econômica, a saber: I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

O processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica está regulado pelos artigos 69 a 83 da Lei 12.529/2011.¹⁵

Assim, finalizado o procedimento inquisitorial pertinente e determinando a Superintendência-Geral (ou o Tribunal, nos termos do artigo 67, § 1º, inc. II) a instauração do processo administrativo para imposição de sanções por infração, passa-se a um procedimento de natureza contraditória perante o Tribunal, com garantia de ampla defesa e necessária participação do Ministério Público (art. 20), cuja peça inaugural é a nota técnica que finaliza o inquérito (Souza, 2012, p. 124).

Em outras palavras, a nota técnica final, trazendo as conclusões de inquérito administrativo anterior, inaugura o processo punitivo do CADE (art. 69), ensejando a notificação do representado para apresentação de defesa no prazo de 30 dias (art. 70), que poderá ser considerado revel caso não se manifeste (art. 71).

Após, será determinada a produção de provas¹⁶ por meio de despacho da Superintendência-Geral (art. 72), notificando-se o representado para manifestar-se em 5 dias

¹⁵ Por pertinente, destaque-se que o conflito intertemporal de leis foi enfrentado pelo Tribunal do CADE por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57, que pode ser assim sintetizado: a) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/2011 para condenação de empresas são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados; b) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/2011 para condenação de administradores responsáveis por infrações à ordem econômica são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados; c) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/2011 para condenação de associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial não são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação.

¹⁶ Sobre a admissibilidade da utilização da prova emprestada no processo sancionador do CADE, confira-se: "APELAÇÃO. MULTA. CADE. INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DE MÉRITO PELO PODER JUDICIÁRIO. RESTRIÇÃO AOS CRITÉRIOS DE LEGALIDADE E PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. 1. Recurso de apelação contra sentença que julgou improcedente pedido anulação de multa aplicada pelo CADE no procedimento administrativo nº 08012.011042/2005-61 ou, subsidiariamente, a redução do respectivo valor para o patamar mínimo. 2. O art. 2º, *caput* da Lei 9873/99 indica, como hipótese de interrupção da prescrição punitiva, "qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato". A restrição pretendida na Portaria MJ 04/2006, que somente indica a notificação do

úteis, apresentando novas alegações (art. 73), seguindo-se, então, relatório circunstanciado no prazo de 15 dias úteis (art. 74), opinando pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração. Aqui, os autos serão remetidos ao Presidente do Tribunal.

investigado como marco de interrupção da prescrição punitiva, não prevalece face às disposições da lei, tanto pela hierarquia das normas quanto pela interpretação que extrai do art. 2º da Lei 9873/99, mormente após a nova redação atribuída pela Lei 11941/2009. Considerando que os supostos fatos ilícitos ocorreram entre os anos de 1999 e 2003, com o recebimento da representação em 22.12.2005, expedição de ofício à SEAE/MF em 03.03.2006, novo ofício expedido à ANP em 18.08.2008, solicitando informações tidas como necessárias para a instrução do procedimento, elaboração da nota técnica instauradora do procedimento administrativo em 16.09.10, decerto compreendem atos apuratórios aptos a interromper o curso do prazo quinquenal de prescrição até a notificação do interessado para defesa no ano de 2011. 3. A apelante assevera que o CADE teria se valido de provas produzidas fora do procedimento administrativo, e sem oferta de contrário, para embasar e condenação. As provas em questão referem-se a depoimentos prestados por comerciantes varejistas junto ao Ministério Público do Estado da Bahia. É possível a utilização da prova emprestada, desde que submetida a novo contraditório nos autos do processo judicial ou procedimento administrativo para o qual é transposta. No caso, não há que se falar em ofensa ao contraditório e ampla defesa, uma vez que a condenação imposta pelo CADE encontrou motivação em outros elementos probatórios além da prova emprestada ora combatida. Outrossim, no âmbito do CADE, houve intimação da ora recorrente quanto aos atos processuais, inclusive para manifestação acerca da prova ora impugnada. Ademais, ao ingressar nos autos do procedimento administrativo do CADE, o depoimento colhido pelo MPE/BA passa a ser uma prova documental como qualquer outra, a ser novamente valorada e impugnada nesse novo contexto. 4. A condenação imposta teve por base não apenas as investigações levadas a efeito pelo Ministério Público da Bahia, mas também de e-mails trocados pela interessada com seus revendedores, em tentativas de impor uniformização de preços de combustíveis. Ademais, houve suficiente explicitação dos atos e potenciais efeitos verificados no relatório preliminar produzido pela SDE. A redação da Lei 8.884/94, vigente à época dos fatos, e reproduzida posteriormente na Lei 12529/2011, é clara no sentido de que a configuração de infração à ordem econômica independe de culpa e da produção de efeitos concretos, bastando que os atos praticados sejam abstratamente aptos a provocar efeitos anticoncorrenciais. 5. Ao que se depreende da certidão de julgamento trazida aos autos, a conclusão de julgamento do CADE foi no sentido da condenação da recorrente, por maioria, pelas condutas previstas nos arts. 20, I e IV e 21, II e XI da Lei 8884/94, com imposição de multa, vencido o Conselheiro Relator que se manifestou pelo arquivamento do feito. Os votos proferidos pelos Conselheiros integram para todos os fins a fundamentação do acórdão condenatório, uma vez que, embora possam congregiar argumentos diferentes, convergem no sentido da prática das condutas previstas nos arts. 20, I e IV e 21, II e XI 1 da Lei 8884/94. 6. Conforme jurisprudência sobre o tema, 'em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais.' Mostra-se vedada, portanto, a verificação do mérito do ato administrativo produzido pelo CADE sem nenhuma justificação de infringência aos ditames da lei ou às normas constitucionais. (STJ, 2ª Turma, AGRESP 1436903, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 04.02.2016; TRF3, 4ª Turma, AC 00035332519934036100, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, EDJF3R 12.07.2017; TRF1, 5ª Turma, AC 200134000253660, J. F. Conv. Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, EDJF1R 18.05.20100). 7. Não procede a alegação de que a sentença impugnada, ao entender por vedado ao Poder Judiciário a intromissão no mérito de decisão do CADE, importou violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, bem como à jurisprudência dominante sobre o tema. No caso em apreço, não se vislumbra qualquer vício relacionado à oferta de contraditório ou de fundamentação probatória no procedimento administrativo questionado. Portanto, considerando os limites estipulados ao Poder Judiciário para se imiscuir em atos administrativos discricionários, não há que se cogitar de análise de mérito das sanções aplicadas pelo CADE à apelante, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. Quanto à dosimetria da penalidade imposta, também não se vislumbra vício a ensejar sua desconstituição, porquanto devidamente fundamentada nos arts. 37 e 45 da Lei 12529/2011 (correspondência no art. 27 da Lei 8884/94). 8. Recurso de apelação não provido. (ApCiv 0115389-39.2015.4.02.5101, Rel. Des. Federal Ricardo Perlingeiro, TRF2 - 5ª Turma Especializada, e-DJF2R de 18/09/2017).

Distribuídos, por sorteio, a um Conselheiro-Relator, a Procuradoria poderá manifestar-se em 20 dias (art. 75), realizando-se novas diligências, se necessário. O representado será notificado para apresentar alegações finais em 15 dias úteis (art. 76).

Na sequência, será proferida decisão pelo Tribunal, que conterà (art. 79) a especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar (inc. I); prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do *caput* deste artigo (inc. II); a multa estipulada (inc. III); a multa diária em caso de continuidade da infração (inc. IV); e, por fim, a multa em caso de descumprimento das providências estipuladas, devendo ser publicada no D.O.U. em 5 dias úteis (inc. V).

Aplicam-se às decisões do Tribunal do CADE - que são tomadas por maioria (art. 9º, § 1º, da Lei 12.529/2011) - o disposto na Lei 8.437/1992, que restringe a concessão de liminares/cautelares contra atos do Poder Público (art. 80).

Se descumprida a decisão, será o fato comunicado ao Presidente do Tribunal, que determinará à Procuradoria que providencie sua execução judicial (art. 81).¹⁷

Destaque-se, por importante, na linha do disposto no artigo 9º, § 2º, da Lei, que a autonomia decisória do CADE “advém da previsão legal de que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições” (Guerra, 2012, p. 185). Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “da decisão do CADE não cabe recurso no âmbito da esfera administrativa (art. 50 da Lei 8.884/94)” (MS 10.138/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, STJ - 1ª Seção, DJ de 28/11/2005, p. 172).

Serão objeto de inscrição em dívida ativa os créditos provenientes de auto de infração e de notificação para pagamento, na forma da Resolução nº 24, de 30 de janeiro de 2002, que também autoriza o parcelamento dos débitos.

¹⁷ A propósito, Marcelo Moscolliato (2005, p. 188) nos lembra que as condenações do CADE constituem títulos executivos extrajudiciais e, quando implicarem obrigações de pagar, observarão o rito da Lei de Execuções Fiscais, bem como serão promovidas na Justiça Federal do Distrito Federal ou na do local da sede ou domicílio do executado, com preferência sobre outras ações, salvo o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Nesse sentido, o disposto nos artigos 93, 94, 97 e 101 da Lei 12.529/2011.

No plano infralegal, o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica ainda encontra disciplina no Regimento Interno da autarquia, aprovado pela Resolução nº 22, de 19 de junho de 2019.

Registre-se, a título de conhecimento, que, nos termos dos artigos 213 a 227 do Regimento Interno do CADE, de decisão proferida pelo Plenário do Tribunal - consideradas definitivas no âmbito do Poder Executivo como vimos - somente cabe a oposição de recurso voluntário contra a medida preventiva prevista no artigo 84 da Lei 12.529/2011; embargos de declaração, para fins de sanar ponto obscuro, contraditório ou omissão¹⁸; ou, ainda, pedido de reapreciação, com fundamento em fato ou documento novo.

Seja como for, “o modelo de julgamento adotado pelo CADE, que segue exemplos de órgãos congêneres dos Estados Unidos, do Canadá e da União Europeia, deve ser levado em conta pelos órgãos judiciários ao decidir questões estruturais e comportamentais propostas pelo mercado” (Fonseca, 2008, p. 255).

Destaque-se, porém, que o poder-dever de punir deve ser exercido dentro de um prazo razoável, previsto em lei, sob pena de converter-se em arbítrio. Daí que a Lei 12.529/2011, em seu artigo 46, disciplinou o instituto da prescrição em relação às infrações da ordem econômica, onde qualquer semelhança com o disposto na Lei 9.873/1999 não é mera coincidência.

A propósito do tema, a lição de Sérgio Augusto Pereira de Souza (2012):

Deve-se consignar anteriormente, contudo, que o art. 46 da Lei, concernente à prescrição no âmbito do CADE, regula tal instituto processual em consonância com o conteúdo normativo da Lei nº 9.873/99, que estabeleceu prazos prescricionais relativamente a todos os processos administrativos de cunho sancionador no âmbito federal, guardando pequenas diferenças. Nesse sentido, os prazos prescricionais aplicáveis também no âmbito do CADE são de cinco anos, no caso de prescrição ordinária, e de três anos, no caso da prescrição intercorrente. As hipóteses de interrupção dos mesmos são: o chamamento inicial do administrado ao processo, pela intimação ou citação; ou quaisquer atos de investigação que importem na apuração dos fatos. O art. 46 também prevê a suspensão dos prazos prescricionais durante a vigência do compromisso de cessação de prática, ou dos acordos de controle de concentração (§2º), bem como o fato de a prescrição reger-se pelo prazo penal, nos

¹⁸ Como observa André Marques Gilberto (2008, p. 267-268), “a interposição de embargos de declaração em face de decisões condenatórias do Plenário do CADE em processos antitruste sancionadores é comum. Por exemplo, no julgamento de dezenove embargos opostos em face de decisão do CADE no processo administrativo n. 08012.009088/1999-48, o órgão acolheu-os parcialmente para esclarecer o que deveria ser entendido por publicação no ‘jornal de maior circulação nacional’, bem como registrar o fundamento legal para aplicação de multa por descumprimento da decisão original.” Ainda segundo o autor, “no julgamento dos três embargos de declaração interpostos após o julgamento do processo administrativo n. 08012.004086/2000-21, o CADE deu-lhes provimento parcial para determinar qual o extrato da decisão original a ser publicado em jornais de grande circulação. Os embargos de declaração n. 08700.000415/2005-1, de outro lado, receberam provimento para fins de esclarecer a tipificação legal da conduta condenada pelo órgão em sua decisão original.”

casos em que o fato objeto da ação punitiva administrativa também constituir-se crime. (Souza, 2012, p. 118-119).¹⁹

¹⁹ Naturalmente, o poder-dever de punir deve ser exercido dentro de um prazo razoável, previsto em lei, sob pena de converter-se em arbítrio. Por isso, com relação aos prazos para o exercício da ação punitiva da Administração Pública Federal, objeto específico da Lei 9.873/1999, ousamos, por questão de praticidade, colacionar a conclusão de estudo anterior, quando então afirmamos (2021, p. 234-236): “Feitos esses esclarecimentos, é possível concluir o seguinte: a) Decadência e prescrição são institutos que militam em favor da estabilização das relações sociais, mas devem ser compatibilizados com o interesse público. Nesse sentido, é indispensável encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito à segurança jurídica e o direito de punir da Administração, tendo em vista que, se de um lado o administrado não pode ficar eternamente submetido ao arbítrio daquela, de outro, não pode o interesse público em extirpar do corpo social um ilícito ceder à imerecida tutela de um direito do administrado, quando mal dimensionado; b) O legislador, relativamente à Lei 9.873/1999, disse menos do que deveria, ou não teve boa técnica, de sorte que seu art. 1º, *caput*, ou traz dois prazos diferentes, um decadencial de cinco anos, a contar do ilícito administrativo, seguido de um prazo “prescricional” interrompível, para constituição do crédito; ou somente um prazo decadencial interrompível, pois que a prescrição da ação de cobrança foi tratada em outro dispositivo (art. 1º-A). Daí ser correta a compreensão de que a “simplicidade” normativa se contrapõe à complexidade interpretativa da Lei. Por esse motivo, compreendemos, agora, que Hugo de Brito Machado Segundo cogitou de uma concepção que se vale do instituto da preempção justamente porque, de acordo com as normas aplicáveis, inexistente prescrição intercorrente no curso do processo administrativo tributário (Súmula nº 11 do CARF), o que também se dava no processo administrativo comum. Podemos, de qualquer modo, entender a preempção, se possível a sua aplicação aqui, como uma forma de extinguir a punibilidade em processos punitivos, por meio da prescrição da pretensão punitiva da Administração; c) Feitas estas ponderações, entende-se que o prazo a que alude o art. 1º da Lei 9.873/1999 é decadencial e se conta da prática do ato, ou no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, de sorte que, com a lavratura do auto de infração, afasta-se a decadência, que fulmina o direito de sequer iniciar o processo administrativo punitivo; d) Entre a lavratura do auto de infração e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido tal apelo de que se tenha valido o administrado, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição da ação de cobrança. Tem-se aí, entretanto, um prazo para constituição do crédito não-tributário, que o legislador chamou de prazo para o exercício da pretensão punitiva da Administração; e) Uma vez instaurado, no âmbito da Administração, o processo administrativo sancionatório, com vistas à apuração de conduta contrária à legislação, cessa o lapso decadencial e inicia-se um prazo prescricional administrativo, passível de suspensão ou interrupção, porquanto, aqui, nasce uma pretensão de natureza condenatória e, posteriormente, uma vez preclusa a decisão cominatória de penalidade, executória; f) O termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio da *actio nata* e, em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e não pode ser cobrado. Daí a redação do art. 1º-A da Lei nº 9.873/1999, dada pela Lei 11.941/2009; g) O art. 2º da Lei 9.873/1999 traz hipóteses taxativas e capazes de interromper a prescrição da ação punitiva da Administração. São elas: a notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; a prática de qualquer ato inequívoco que importe em apuração do fato; o advento de decisão condenatória recorrível e, por fim, a prática de qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no seio da Administração Federal; h) Quando entre uma hipótese e outra de interrupção da prescrição da ação punitiva da Administração decorrer prazo superior a cinco anos, dá-se o fenômeno da prescrição da pretensão punitiva, devendo ser extinto o processo administrativo sancionador, sem chance de renovação, por ofensa ao princípio constitucional da eficiência. Tal se dá para conferir efetividade à garantia do art. 5º, LXXVIII da CR; i) Já o art. 2º-A da Lei 9.873/1999, acrescido pela Lei 11.941/2009, traz hipóteses taxativas e aptas a interromper a prescrição da ação executória da Administração. São elas: o despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; o protesto judicial; a prática de qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor e, por fim, a prática de qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da Administração Federal; j) O processo administrativo de constituição do crédito decorrente de multa aplicada no exercício do poder de polícia, à semelhança do que se verifica no processo tributário, não tem, necessária e fatalmente, que findar em cinco anos. Isto é um mito que favorece a impunidade, pois, desde que observado o justo processo da lei, sem inércias injustificadas superiores a três anos, nada impede que tal relação dialética vá além da quinquenalidade, que se renova conforme marcos interruptivos já vistos (art. 2º da Lei 9.873/1999); k) As hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal são aquelas previstas no art. 46, § 2º da Lei 12.529/2011, a saber, a celebração de compromisso de cessação de prática ou de acordo em controle de atos de concentração, bem como do compromisso de que trata o parágrafo 5º do art. 11 da Lei 6.385/1976, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.506/2017, no caso de infração ao mercado de capitais;

No caso específico do CADE, contudo, “interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no *caput* deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada” (art. 46, § 1º, da Lei 12.529/2011).

Ainda com relação à prescrição, oportuno refletir sobre a hipótese de aplicação da lei penal, o que se dá quando a infração administrativa também constitui crime.

Assim, por se tratar do exemplo mais corriqueiro de infração à ordem econômica (art. 36, § 3º, I, “a”, da Lei 12.529/2011), a formação de cartéis entre concorrentes revela comportamento que sempre se caracterizará como abuso de poder econômico, pois se trata de ajuste que visa dominar certo mercado, eliminando a concorrência e desfrutando, dessa forma, de lucros arbitrários (Coelho, 2014, p. 4).

Aliás, “cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível” (Brasil, 2016, p. 14). De acordo com a Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE, são “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.”

Acerca do tema, Ana Paula Martínez (2013) pondera:

Os cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência e geram dois efeitos imediatos sobre o consumidor: aumento de preços e redução de oferta. O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação por impedir que concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos e serviços no mercado. Isso resulta em destruição de riqueza e perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, em perda de competitividade da economia como um todo. (Martínez, 2013, p. 25)²⁰

1) A Lei 9.873/1999 é constitucional e oportuna, mas compreender adequadamente a sistemática peculiar da prescrição administrativa por ela veiculada é questão complexa, um desafio, embora fundamental para sua correta aplicação, a bem de todos nós, operadores do Direito e administrados.”

²⁰ Quanto à questão, não se pode olvidar a interessante lição ofertada por Roberto Taufick (2007, p. 153), segundo a qual “o cartel, embora tipicamente caracterizado como ilícito de conduta, é igualmente ato de concentração [...]. Diferentemente da concorrência desleal, portanto, o cartel é crime formal e não de mera conduta, exigindo-se, para sua consumação, que os resultados sejam factíveis, ou seja, que haja a potencialidade do dano. A não ser que se faça uma confusão entre os institutos, a reprovação de trustes e cartéis é pautada pelo potencial ofensivo à concorrência, e não pelo desrespeito ao comportamento ético entre concorrentes, matéria para o crime de mera conduta. Em suma, entre os atos de concentração – entre os quais se inserem os cartéis –, o bem maior é a

Neste caso, por se tratar de crime, o prazo prescricional aplicável à espécie é de 12 anos (REsp 1.569.655/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, STJ - 2ª Turma, DJe 30/06/2017),²¹ sendo importante destacar que, de forma geral, STF e STJ têm entendido que, para a aplicação do prazo prescricional da lei penal, basta que a infração administrativa seja capitulada como crime, independentemente de sua efetiva apuração na seara criminal (RMS 33.937, Rel. Min. Carmen Lúcia, STF – 2ª Turma, DJe-246 public. 21/11/2016; EDv nos EREsp 1.656.383/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, STJ – 1ª Seção, DJe 05/09/2018).

Por fim, com relação à prescrição da pretensão de reparação dos danos causados pelas infrações à ordem econômica, a Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022, acrescentou o artigo 46-A à Lei 12.529/2011, estabelecendo que, no caso de a ação de indenização por perdas e

concorrência e, mediatamente, o bem-estar do consumidor. Na concorrência desleal, o bem a ser resguardado é a ética entre concorrentes e, mediatamente, o próprio empresário. Daí o cartel delituoso demandar poder de mercado, sendo esse prescindível em matéria de concorrência desleal. A condenação do cartel, além de demandar posição dominante, depende da inexistência de uma virtude redentora (*redeeming virtue*) que justifique ser a concorrência menos relevante que a manutenção daquela prática ou que demonstre que sua consecução seja condição necessária para a criação de ambiente concorrencial. A apresentação da virtude redentora, contudo, cabe às empresas cartelizadas, haja vista que a comprovação do cartel inverte o ônus probatório.”

²¹ No mesmo sentido, o Parecer nº 35/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU (processo nº 08012.009566/2010-50), de onde se extrai que: “[...] 41. Dada a importância da questão prescricional para a análise tanto da regularidade processual sob o aspecto formal, quanto da prejudicialidade do próprio julgamento meritório, destacamos separadamente sua análise. 42. Inicialmente, imperioso deixar clara a regra de aplicação da prescrição no direito concorrencial. O prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração opera da seguinte forma: 43. Prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração Pública de 5 anos do término da cessação da prática continuada – interpretação até 30.06.98 (Lei nº 8.884/94, artigo 28. Registre-se que em 01.07.98 entra em vigor a Medida Provisória nº 1.708, de 30.06.1998 – DOU 01.07.98, reeditada doze vezes e revogada pela Medida Provisória nº 1.859-13, de 02.06.1999 – DOU 03.06.99, está reeditada quatro vezes e finalmente convertida na Lei nº 9.873/99, que alterou o prazo); 44. Prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração Pública de 5 anos OU igual ao prazo penal ‘quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime’, contado a partir do término da cessação da prática continuada – interpretação a partir de 01.07.98 (data de entrada em vigor a Medida Provisória nº 1.708, de 30.06.1998 – DOU 01.07.98, reeditada doze vezes e revogada pela Medida Provisória nº 1.859-13, de 02.06.1999 – DOU 03.06.99, esta reeditada quatro vezes e finalmente convertida na Lei nº 9.873/99. Ressalte-se que esta sistemática foi mantida na Lei nº 12.529/2011 – artigo 46). 45. No caso, por se configurarem as condutas de formação e operação de cartel tipos penais contra a ordem econômica (artigo 4º, incisos I a III, Lei nº 8.137/90), a partir de 01.07.1998 o prazo prescricional passou a seguir a sistemática penal tal qual regulado na forma acima. E considerando a pena máxima de 5 (cinco) anos de reclusão imputada aos tipos, pela aplicação do artigo 109, inciso III, do Código Penal Brasileiro, o prazo prescricional no caso passou a ser de 12 (doze) anos contados da cessação da prática continuada. 46. Como os fatos narrados se deram em 2010, e havendo imediata persecução que se estende até a presente data (inclusive com atos processuais interruptivos do prazo prescricional, enumerados nos incisos do *caput* do artigo 2º da Lei nº 9.873/99), não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva. 47. Quanto a prescrição intercorrente (§ 1º do artigo 1º da Lei nº 9.873/99), verifica-se que não houve interrupção na tramitação processual por período superior a 3 (três) anos, quando pendente de julgamento ou despacho. Por outras palavras, não houve inércia por parte da Administração em nenhum momento, sendo que foram adotadas as providências necessárias para as investigações e delas noticiando as partes interessadas. Não há que se falar no instituto, portanto.”

danos originar-se do direito previsto no artigo 47,²² não correrá prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do CADE. Entretanto, prescreverá em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no artigo 36 da Lei 12.529/2011, contados a partir da publicação do julgamento final do processo administrativo em que foram apuradas.

Feitas estas colocações, passemos às considerações finais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sugerido pelo próprio título do presente artigo, está-se diante de uma primeira contribuição à compreensão do processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), evidentemente, sem pretensão de definitividade. Trata-se, pois, de uma visão parcial e introdutória, que pode não coincidir, necessariamente, com a das instituições nele mencionadas.

O presente estudo deu enfoque à aplicação da sanção de multa no exercício do poder administrativo de polícia, por se tratar daquela submetida à análise da Subprocuradoria Federal de Cobrança e Recuperação de Créditos (antiga Equipe Nacional de Cobrança da PGF), para fins de sua inscrição em dívida ativa, e destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, motivo pelo qual o direito material foi, aqui, apenas tangenciado.

Investigou-se, em linhas gerais, o rito processual aplicável à espécie.

Com isso, espera-se ter contribuído de alguma forma para o estudo do Direito Administrativo Sancionador Antitruste/Concorrencial, parcela do Direito Econômico, certos de que, se por um lado, a Lei 12.529/2011 é essencial à saúde do mercado, por outro, não há, ainda, no direito brasileiro, uma reflexão doutrinária suficientemente elaborada e aprofundada sobre o tema, que dispensasse novas cogitações.

²² O artigo 47 da Lei 12.529/2011 garante aos titulares de direitos violados por ilícito concorrencial o ajuizamento da ação para que cessem as práticas de infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização pelos danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação (REsp 1.971.316/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, STJ - 4ª Turma, DJe 14/12/2022).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Alan Pereira de. A prescrição administrativa e o poder punitivo da Administração federal: revisitando e evoluindo a compreensão acerca do disposto na Lei nº 9.873/1999. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, v. 16, n. 191, p. 186–239, nov. 2021.

BACHA, Maria Gabriela Castanheira. Função do CADE no controle de estruturas: uma análise dos acordos em controle de concentração. **Revista do IBRAC**, v. 23, n. 2, p. 432-447, 2017.

BRASIL. **Cartilha do CADE**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2016.

BRASIL. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

CABRAL, Mário André Machado. Primeiro passo na política antitruste brasileira, Lei Malaia completa 70 anos. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de dezembro de 2015, 9h37. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-12/mario-cabral-primeira-antitruste-lei-malaia-completa-70-anos/>. Acesso em: 06 fev. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. O desinvestimento como sanção por infração à ordem econômica de formação de cartel no direito brasileiro. **Revista Electrónica de Direito**, n. 3, out. 2014. Disponível em: https://cij.up.pt/client/files/0000000001/4_709.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. T. A jurisprudência do CADE sobre a base de cálculo das multas administrativas aplicadas por infração à ordem econômica: O critério do ramo de atividade. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1, p. 161-180, mai. 2015.

FARACO, Alexandre Ditzel. Responsabilidade solidária no grupo econômico por infrações da ordem econômica. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 10, n. 1, p. 126-139, jan./jun. 2022.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997.

FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Análise Econômica do Direito e Direito da Concorrência Brasileiro. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 98, p. 231-255, jul./dez. 2008.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo-SP, 2008.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; SANTIN, Valter Foletto. Tutela dos interesses difusos e coletivos mediante o poder de polícia da Administração Pública. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 3, p. 1429-1466, 2021.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições verticais no Direito antitruste brasileiro à luz da análise econômica do direito**. Dissertação (mestrado em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília-DF, 2014.

MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78-103, dez. 2020.

MARRARA, Thiago. Defesa da concorrência x regulação setorial: o que mudou com a lei de 2011? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 50, p. 245-261, abr./jun. 2015.

MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 59, p. 219-237, jul./set. 2017.

MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In. ROCHA, J. C. C. (Coord.) *et. al.* **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 201-238.

MOSCOGLIATO, Marcelo. Evolução do Direito Antitruste no Brasil. In. ROCHA, J. C. C. (Coord.) *et. al.* **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 167-200.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Direito da concorrência e pandemia II: infrações da ordem econômica e Lei 14.010/2020. **Revista Consultor Jurídico**, 8 de fevereiro de 2021, 8h38. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-08/defesa-concorrenca-direito-concorrenca-pandemia-ii-infracoes-ordem-economica>. Acesso em: 05 nov. 2023.

SOUZA, Sérgio Augusto Pereira de. **Premissas de direito econômico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações. **Revista de Economia**, v. 33, n. 1, p. 151-155, jan./jun. 2007.

VAZ, Isabel. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 6, p. 267-278, 1997.