



Pena por crime de cartel deve observar prazo prescricional da Lei Antitruste

Os esforços e a prioridade dada no combate a cartéis em diversos setores da economia pelas autoridades antitruste brasileiras têm sido notáveis, nacional e internacionalmente, a serviço da consolidação de efetiva política nacional de defesa da concorrência. Ao lado desta escalada surge à questão do limite temporal para se instaurar uma investigação para apurar a formação de cartel. Dentro dessa seara, verifica-se um enorme esforço para instaurar tais investigações contra pessoas jurídicas, por vezes assentadas em pretensões potencialmente prescritas.

A prescrição no processo administrativo em matéria de defesa da concorrência veio tratada no artigo 46 da Lei 12.529/11, sendo possível que o prazo de prescrição alcance 12 anos. Isto porque a multiplicidade de pretensões concorrentes oriundas do mesmo direito subjetivo resulta também em prazos prescricionais próprios de cada pretensão concorrente, como em relação à pessoa jurídica e à pessoa física.

Persecução administrativa e penal das infrações à ordem econômica – Cartel

A Constituição Federal reconheceu no combate às infrações à ordem econômica um meio legítimo de intervenção do Estado no domínio econômico a fim de estabelecer e perseguir os fundamentos da ordem econômica. A Lei 12.529/11, conhecida como Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência, é um dos textos legais que mais materializam esta função.

A parte material da Lei 12.529/11 está estruturada em repressão às infrações à ordem econômica, através do controle de condutas, e na prevenção das infrações à ordem econômica mediante controle de estruturas. Assim, a atividade administrativa destes controles foi atribuída ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)[1]. No entanto, esse trabalho terá como foco apenas a repressão às infrações à ordem econômica cometida através de cartel[2].

O cartel, além de constituir um ilícito administrativo, também é considerado ilícito penal (crime) sob a égide da Lei 8.137/90[3], podendo ser objeto de persecução tanto administrativa como criminal. Mas a Constituição Federal deixou para a legislação ordinária fixar seus parâmetros

Prescrição

O interesse juridicamente protegido pelo direito objetivo, o direito subjetivo, não deve ser confundido com a pretensão nem com o direito de ação. O direito subjetivo é conferido pelo direito objetivo e é pré-processual. A exigibilidade do direito subjetivo pressupõe a pretensão, conforme Pontes de Miranda (1970, p. 45), “não há exigibilidade sem pretensão”. A pretensão é a condição de se poder exigir a satisfação do direito subjetivo num plano real. Surge quando o direito subjetivo passa a ser exigível. Ambos, pretensão e direito subjetivo, são conceitos extraídos do direito material.

É da não satisfação da exigência da pretensão que nasce a ação de direito material. Por sua vez, a ação de direito material só pode ser exercida mediante a utilização da ação de direito processual, isto porque não é possível exercer a autotutela em detrimento do monopólio jurisdicional do Estado[4], ainda que a



coletividade seja o titular da pretensão.

O direito de ação deve ser visto sob dupla ótica: num plano jurídico-material, a qual se dirige contra um sujeito passivo da relação de direito material, que pode ser um particular ou mesmo o próprio Estado. E num plano jurídico-processual, cuja ação processual é o veículo que conduz a ação de direito material, e é dirigida contra a jurisdição exercida pelo Estado.

A ação de direito processual é independente da ação de direito material, pois o Estado deve se pronunciar sempre quando provocado, ainda que de forma negativa. A ação de direito de material e a pretensão só são asseguradas com um pronunciamento positivo do Estado, ou melhor, com o reconhecimento/procedência de tal ação e pretensão. (cf. Pontes de Miranda, 1970, p.33)

Avançando ao tema, é possível constatar que um direito subjetivo pode originar mais de uma pretensão. No âmbito administrativo, o direito subjetivo, a repressão à infração contra a ordem econômica, caracterizada por cartel, permite a pretensão de responsabilizar pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, associação de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Neste contexto, é possível haver direito subjetivo sem pretensão, cuja exigibilidade não seja mais possível. Isso ocorre porque a prescrição atinge a pretensão, inclusive a exigibilidade jurídica (ação de direito material), mas não alcança o direito subjetivo. Os efeitos da prescrição limitam-se à pretensão.

Nesse sentido, com apoio nos apontamentos feitos por Pontes de Miranda (2000, p. 475): “Se há concorrência de pretensões, com ou sem identidade de prestação, o exercício de uma não extingue a outra, nem há exceção de litispendência, nem sentença desfavorável na primeira ação, que se propõe, é exceção à propositura da outra”.

Prescrição no processo administrativo punitivo no Cade

O instituto da prescrição é expressão concreta que revela profunda aspiração à estabilidade e segurança inerente ao direito. O ordenamento jurídico não convive, em regra, com pretensões condenatórias ou executivas perpétuas, é preciso verificar qual seja o seu prazo prescricional atribuído pelo ordenamento. Esta concepção aplica-se integralmente aos processos administrativos^[5] que visam apurar a prática de cartel, instaurados pelo SBDC. O prazo prescricional da pretensão da ação punitiva do Cade é regido pelo artigo 46 da Lei Antitruste, que prevê prazo de cinco anos.

O mesmo artigo dispõe sobre prazo diverso da regra geral. São fatos cujo objeto da ação punitiva também constitui crime. O cartel tipificado na Lei 8.137/90 prevê pena privativa de liberdade máxima de cinco anos^[6]. E neste caso, o prazo da prescrição é remetido ao Código Penal, artigo 109, sendo regida pela prescrição abstrata. Isso porque a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo do crime de cartel. O artigo 11 da Lei 8.137/90^[7] estabelece a responsabilidade penal individual, isto é, somente as pessoas físicas podem ser responsabilizadas por crimes praticados contra a ordem econômica.

De acordo com Salomão Filho (2006, p. 262), “para que se admitisse a responsabilização da pessoa jurídica seria imprescindível que a lei a estatuisse expressamente”. Contudo, para a Procuradoria do



Cade (ProCade)^[8], o prazo prescricional no processo administrativo deve ter por base a lei penal, prescrevendo o processo administrativo que apura o cartel em doze anos. Confundem-se conceitos e inova-se a interpretação penal, tendo em vista que a ProCade tenta justificar, e não compreender a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A busca de restrições ao alcance da norma penal está ligada à ideia da teoria da imputação objetiva, pela qual a relação de causalidade material deixa de ser avaliada, cedendo espaço à atribuição normativa do resultado ao agente, a qual permite a imputação^[9]. Nesse sentido, se o resultado, juridicamente, não puder ser imputado ao agente, nem se chegará à aferição de sua conduta (dolo ou culpa), descaracterizando-se, portanto, o fato típico, de modo que nem se fará necessária à análise dos demais elementos do crime^[10].

Por isso que o prazo prescricional previsto no artigo 46, parágrafo 4º, da Lei 12.529/11, considerado isoladamente, permite, aparentemente, a realização de uma conduta, mas sua permissão deverá ser analisada de forma conglobada. Daí porque a interpretação da lei pelo parecer está equivocada.

O direito penal não permite a responsabilidade penal objetiva^[11]. Se a pessoa jurídica não comete crime de cartel por falta de previsão legal, não pode o administrador público inovar para tentar aplicar os efeitos criminais a um fato atípico, de maneira indireta, responsabilizando o representante da pessoa jurídica. (Prado, 2001, p. 130).

A Lei de Defesa da Concorrência, apesar de estender algumas exceções, seguiu a mesma lógica do prazo da prescrição já previsto na Lei 9.873/99^[12]. Portanto, se a opção legislativa pretendesse elucidar ou apontar o sentido da interpretação do prazo de prescrição nos processos administrativos no Cade, previsto na Lei 12.529/11, ela não teria reproduzido e mantido o mesmo texto legal, objeto da discussão.

O Cade já decidiu um caso concreto em que acolheu o prazo de cinco anos para a prescrição punitiva da Administração Federal (cf. Averiguação Preliminar nº 08012.004842/2000-31. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. DJ: 21.03.2007).

Note-se que no caso acima o Cade aplicou o prazo prescricional de cinco anos em investigação instaurada após a vigência da Lei 9.873/99. Aplicar o prazo de doze anos, conforme previsto na lei penal, às pessoas jurídicas nos processos administrativos que investigam a prática de cartel^[13] é ilógico do ponto de vista jurídico, visto a intenção em atribuir prazo prescricional à pretensão que sequer existe. Qual seja, crime contra a ordem econômica cometida por pessoa jurídica.

Assim, o prazo de cinco anos para a tutela da pretensão administrativa nos processos administrativos contra pessoas jurídicas, ainda que existam pessoas físicas envolvidas, devido à multiplicidade de pretensões e cada qual com seu próprio prazo prescricional, é condizente com o prazo para o exercício da pretensão material do Cade e condizente com a atual sistemática antitruste.

Anteprojeto de Código Penal – “Novo Código Penal”

No dia 11 de maio de 2012, a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Código Penal^[14] aprovou a proposta que atribui responsabilidade penal a pessoa jurídica por atos praticados contra a ordem econômica e financeira, economia popular, meio ambiente e à administração pública. É



relevante a análise do anteprojeto no que tange à responsabilização penal da pessoa jurídica aos crimes contra a ordem econômica, conforme dispõe o texto do anteprojeto do novo Código Penal, no artigo 41.

No anteprojeto, a prática de cartel ganha definição legal e um destaque é incorporado ao texto do anteprojeto de Código Penal, em seu artigo 373. O dispositivo se baseia no artigo 173, parágrafo 5º da Constituição Federal^[15], que abrigou a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Assim, poderá ser analisado o prazo prescricional da pretensão da ação punitiva da administração pública com base na legislação penal (artigo 46, parágrafo 4º da Lei 12.529/11).

Conforme relatório final da comissão de juristas, entregue em 27 de junho de 2012, expôs: “Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição”^[16].

As considerações acima permitem, no mínimo, identificar e distinguir duas pretensões que podem surgir de direitos subjetivos passíveis de subsunção à hipótese legal prevista na lei de defesa da concorrência. São elas: pretensão de direito material a repressão contra pessoa jurídica e pretensão de direito material a repressão contra pessoa física, dirigente ou administradora da pessoa jurídica.

Como ocorre no ilícito de cartel de empresas ou associações, em que o direito subjetivo para ser exercido, no âmbito do Cade, necessita a instauração de um processo administrativo, que se desdobra, no mínimo, em duas pretensões: condenação da pessoa jurídica e condenação de seu dirigente e/ou administrador.

O Projeto de Lei do Senado 236/12, que se propõe a substituir o atual Código Penal, prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica, e conseqüentemente altera o prazo prescricional no processo administrativo.

No entanto, a prescrição atinge a pretensão e não o direito subjetivo. Logo, é possível cada pretensão possuir prazo prescricional distinto. No caso de cartel, para as pessoas jurídicas e associações, deve ser observado o prazo prescricional de cinco anos previsto no artigo 46, *caput*, da Lei 12.529/11, enquanto para pessoas físicas deve ser observado o parágrafo 4º deste mesmo artigo, que remete o prazo prescricional do Código Penal (prescrição abstrata) de doze anos.

Bibliografia

BAGNOLI, Vicente. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. São Paulo: Editora RT, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.



FERRARI, Eduardo Reale; GAMEIRO, João Augusto Prado da Silveira. O Cartel de Empresas e seus Aspectos Criminais. Disponível em: http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu_joao.pdf. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Texeira. Cartel: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: LEX Editora, 2007.

GILBERTO, André Marques. O Processo Antitruste Sancionador: Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil. São Paulo: LEX Editora, 2010.

MAIA, Rodolfo Tigre. Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Editora Método, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. 2ª ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2008.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência: São Paulo: Editora Renovar, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratados das ações. Tomo I. São Paulo: Editora RT, 1970.

[1] Este sistema é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. O CADE é composto por: (i) um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, encarregado de julgar os atos de concentração e processos administrativos; (ii) uma Superintendência-Geral, com competência para instruir atos de concentração e processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica; e (iii) um Departamento de Estudos Econômicos, responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos. A SEAE é responsável pela advocacia ou promoção da concorrência.

[2] Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixar preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. O objetivo é, por meio da ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o consequente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor.

[3] Neste trabalho, não analisaremos a responsabilidade civil decorrente do cartel.



[4] A tutela coletiva e administrativa dos bens jurídicos, em relação às infrações à ordem econômica, é exercida pelo CADE, prevista no artigo 4º da Lei nº 12.529/11: “*O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei*”. (grifo nosso)

[5] Neste trabalho o termo processo administrativo para apuração de formação de cartel, refere-se ao: (i) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (ii) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; e (iii) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica.

[6] “Artigo 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas.

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

[7] “Artigo 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

[8] Parecer ProCADE nº 390/2011 no Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Disponível em:

http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000629951826.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2012. Vale ressaltar que, embora o parecer da ProCADE, da Secretaria de Direito Econômico e do Ministério Público Federal refutam a preliminar de prescrição, opinam pelo arquivamento pela ausência de indícios à infração à ordem econômica. Em, 25 de julho de 2012, foi proferido o voto do Conselheiro-Relator no sentido do arquivamento do processo administrativo, tendo em vista a incidência de prescrição da pretensão punitiva e no mérito, pela inexistência de infração à ordem econômica. O presente caso não foi julgado pelo plenário do Tribunal Administrativo. Esta foi informação obtida no sítio do CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b576899f66bb4ea679aa76d46f>. Acesso em 05 de outubro de 2012.

[9] MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. Vol. 1. Método: São Paulo, 2010, p. 74.



[10] A fragmentação analítica do conceito formal de crime pode ser dividida em: (i) fato típico; (ii) antijuridicidade; (iii) culpabilidade; e (iv) punibilidade.

[11] O Superior Tribunal de Justiça repele a responsabilidade penal objetiva, vejamos:

“RHC. Penal. Processual. Pessoa Jurídica. Sócio. Responsabilidade Penal. Denúncia. Requisitos. A responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva (...) Caso contrário ter-se-á, odiosa responsabilidade por fato de terceiro (...)”. (RHC nº 2.882/MS. Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Sexta Turma. DJ: 17/8/1993. STJ).

“Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Crimes contra o Meio Ambiente. Denúncia. Inépcia. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Responsabilidade Objetiva. (...) a imputação penal às pessoas jurídicas, frise-se carecedoras de capacidade de ação, bem como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal.” (REsp nº 622.724-SC. Rel. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. DJ: 18/11/2004. STJ).

[12] De acordo com esta lei: *“Artigo 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

(...)

parágrafo 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.

[13] Frise-se, o escopo deste trabalho não é analisar o prazo prescricional no processo administrativo contra pessoa física, e sim, contra pessoa jurídica.

[14] Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 de 09 de julho de 2012.

[15] *“Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

(...)

parágrafo 5º – A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

[16] Relatório Final da comissão de juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal, pg. 231. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/upload/noticias/pdf/projeto.pdf>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

Date Created

14/12/2012