

A APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS PARA APURAÇÃO DE CARTEL PELO CADE

*José Alexandre Buaiz Neto
José Rubens Battazza Iasbech
Giovana Vieira Porto*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar, de forma empírica, como o CADE vem aplicando o prazo da prescrição da pretensão punitiva penal à potencial conduta de cartel apurada em sede de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica perante a Autarquia, bem como as recentes discussões no CADE, a partir, em particular, do voto divergente do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia proferido no julgamento do Processo Administrativo nº **08012.004674/2006-50**.

Palavras-chave: Prescrição; Crime; Infrações à ordem econômica; Cartel; Processos Administrativos; CADE

Abstract: The purpose of this study is to analyze, empirically, how CADE has been applying the term of the criminal statute of limitations to potential cartel behavior investigated in administrative proceedings for the imposition of sanctions due to violations of the economic order before the Agency, as well as the recent discussion at CADE based on the dissenting opinion rendered by Commissioner Mauricio Oscar Bandeira Maia in the judgment of Administrative Proceeding No. 08012.004674/2006-50.

Key words: Statute of Limitations; Crime; Violations of the economic order; Cartel; Administrative Proceedings; CADE

1. Introdução

Recentemente, durante a 126ª Sessão Ordinária de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), realizada em 4 de julho de 2018, o Tribunal Administrativo do CADE teve oportunidade de se manifestar acerca da aplicação do prazo da prescrição da pretensão punitiva

penal (“prescrição penal”) ao ato ilícito de cartel, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50¹.

Em síntese, tal Processo Administrativo foi instaurado no ano de 2014 para apuração da ocorrência de suposto cartel no mercado de embalagens flexíveis durante os anos de 2001 a 2006. De acordo com o voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende, o Processo Administrativo também apuraria a influência de conduta comercial uniforme entre concorrentes por parte da Associação Brasileira de Embalagens Flexíveis (ABIEF) e a Associação dos Fabricantes de Embalagens Laminadas (ABRAFLEX).

Ainda, de acordo com o voto do Conselheiro Relator, os representados no Processo Administrativo em questão teriam alegado a ocorrência de prescrição quinquenal, tendo o Conselheiro Relator decidido por não acolher tal prejudicial de mérito, considerando, em síntese, que (i) seria entendimento uníssono do Tribunal do CADE que, para a infração de cartel, o prazo prescricional é de doze anos, uma vez que tal prática seria definida como crime pela Lei nº 8.137/1990; (ii) independentemente de ter havido ou não ação penal. Em relação a tal Processo Administrativo especificamente, teria havido ação penal contra diversos indivíduos.

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, no entanto, teve posicionamento diverso, proferindo voto escrito sobre o assunto pioneiramente no ano de 2018. Para o Conselheiro, o prazo prescricional a ser adotado, no caso concreto, seria o previsto na Lei nº 9.873/1999, de cinco anos; que teria revogado expressamente o artigo 28 da Lei nº 8.884/1994, vigente à época dos fatos. O Conselheiro destacou, ainda, que a prática de cartel é tipificada como ato ilícito no artigo 35, inciso I, da Lei nº 12.529/2011, e como crime no artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990.

A questão, segundo o Conselheiro, giraria em torno da interpretação do artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.873/1999, que prevê a aplicação da prescrição penal “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime”. Assim, muitos entenderiam que os fatos apurados pelo CADE em condutas colusivas, cartéis, possivelmente se amoldariam à figura do crime previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, e se o prazo prescricional seria de cinco ou de doze anos, considerando que o ilícito administrativo também configuraria crime.

¹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.

Diante disso, o Conselheiro Bandeira Maia passou a analisar se a Administração Pública possui competência para apurar quando determinado fato é crime, concluindo que a Administração Pública não possui “competência para tipificar fatos como crimes em concreto, não se vislumbrando razões para que o possa fazer em abstrato” e, portanto, não:

“detém competência para aplicar prazos prescricionais estabelecidos na lei penal de forma discricionária, mediante um enquadramento/tipificação das condutas analisadas como crimes em abstrato feito segundo seu próprio juízo”.

O Conselheiro entendeu, portanto, que para que o CADE aplique o prazo prescricional penal, seria necessário, no mínimo “um início mínimo de apuração criminal, o qual pode ser reconhecido como sendo a denúncia oferecida pelo Ministério Público”. Nesse sentido, destaca-se que, no âmbito do Processo Administrativo nº **08700.004627/2015-49²**, **instaurado para apurar suposto cartel no mercado de rolos cerâmicos refratários, o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia entendeu, em seu voto proferido em 22 de novembro de 2017, que o prazo prescricional penal seria aplicável a uma das pessoas físicas representadas em razão de apresentação de denúncia pelo Ministério Público Federal na Ação Penal nº 0012178-18.2015.403.6181.**

Além disso, o Conselheiro também destacou, pelo menos, os seguintes outros entendimentos, no sentido de que:

- “• A prescrição penal somente deve ser utilizada pelo CADE no caso de haver ao menos denúncia criminal oferecida pelo órgão acusador;
- Caso seja satisfeita a condição anterior (existência de denúncia), o prazo prescricional penal somente deve atingir àqueles abrangidos pela denúncia, jamais se aplicando às pessoas jurídicas quando o crime em tese sequer lhes puder ser imputado;
- Ao se adotar o prazo prescricional penal, este deve ser utilizado com base na pena cominada em abstrato enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação; caso a decisão da Administração Pública venha a ser

² CADE, Processo Administrativo nº **08700.004627/2015-49**, **Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 22 de novembro de 2017.**

proferida após esse trânsito em julgado, o prazo prescricional deve se reger pela pena aplicada em concreto;

- A extinção da punibilidade antes de proferida a decisão administrativa impossibilita a utilização da prescrição penal.”

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia foi voto vencido acerca do tema. Apesar disso e considerando a recente discussão sobre o tema pelo Tribunal do CADE, este trabalho busca analisar, de forma quantitativa, a análise conduzida pelo CADE em processos anteriores em que o assunto tenha sido suscitado, bem como identificar quais argumentos têm sido utilizados pelo CADE para a aplicação ou não da prescrição da pretensão punitiva penal, especificamente os relacionados (i) à desnecessidade de apuração criminal para a aplicação da prescrição penal; e (ii) à aplicabilidade de tal prescrição para pessoas jurídicas em caso de eventual prática de cartel.

2. Metodologia

Considerando a análise também quantitativa proposta neste trabalho, destaca-se a metodologia utilizada na identificação dos julgados do CADE, nos quais o Tribunal teve a oportunidade de se manifestar acerca da aplicação da prescrição penal em processos administrativos nos quais se apurava a prática de cartel. Para tanto, procedeu-se a pesquisa no Portal SEI do CADE³, da expressão “prescrição E penal” no campo “Pesquisa Livre”, incluindo “Voto” como “Tipo do Documento”, além da marcação dos campos “Processos”, “Documentos Gerados” e “Documentos Externos”.

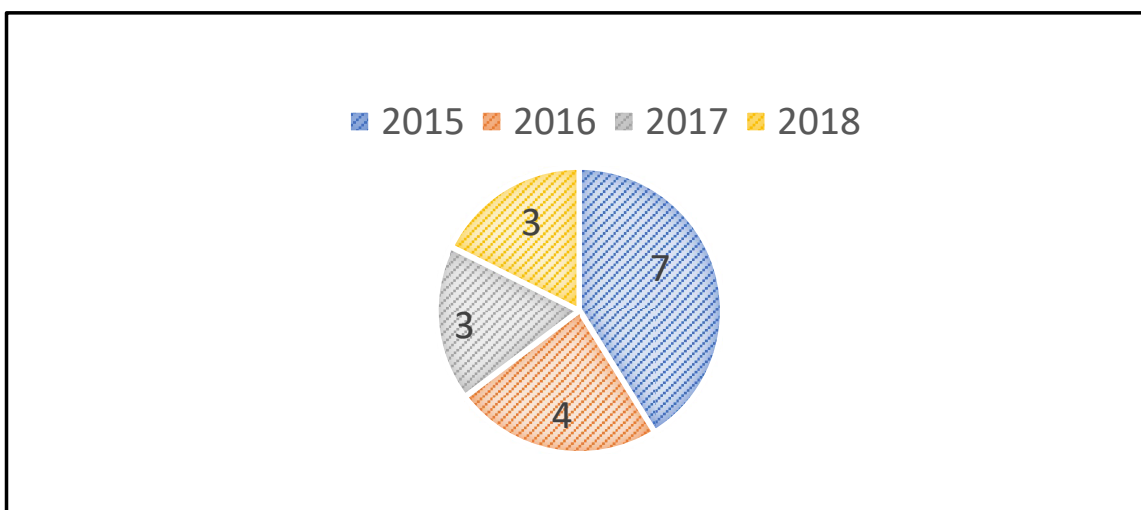
Como resultado, foram gerados documentos datados a partir do ano de 2015 e disponíveis no Portal SEI do CADE até a data em que foi finalizado este estudo, 19 de setembro de 2018. A partir dos dados gerados, foram analisados quais votos, de fato, faziam pelo menos uma menção à aplicabilidade ou não da prescrição da pretensão punitiva penal durante o julgamento do respectivo processo administrativo. Não foram catalogados os processos administrativos nos quais o voto gerado pela pesquisa tratava apenas de votos analisando eventuais embargos de declaração e,

³ Vide https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisa_r.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

simultaneamente, o voto do julgamento do próprio processo administrativo estava incluído no documento categorizado como “Volume de Processo” no andamento processual⁴.

Após a análise dos documentos gerados, foram catalogados dezessete processos administrativos nos quais o CADE se pronunciou acerca do tema da aplicabilidade da prescrição da pretensão punitiva penal em processos administrativos, conforme indicado no gráfico abaixo. Nota-se pelo Gráfico 1 abaixo que sete dos processos administrativos analisados foram julgados pelo Tribunal do CADE no ano de 2015.

Gráfico 1 – Quantidade de processos administrativos analisados



3. Teses adotadas pelo Cade

De modo a melhor entender o posicionamento que o CADE vem adotando ao longo do tempo, é necessário, inicialmente, trazer à baila os dispositivos legais em questão. A antiga Lei do CADE, Lei nº 8.884/1994, estabelecia em seu artigo 28 as normas aplicáveis à prescrição da pretensão punitiva relativa às infrações à ordem econômica. Em 23 de novembro de 1999, por sua vez, foi editada a Lei nº 9.873/1999, que “estabelece prazo de

⁴ Nesse sentido, foram os Processos Administrativos nºs 08012.007149/2009-39 e 08012.001020/2003-21.

prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá providências”.

Tal Lei revogou o artigo 28 da antiga Lei do CADE e passou a dispor, em seu artigo 1º, §2º que o prazo prescricional penal será aplicável quando o fato objeto da ação punitiva da Administração Pública também constituir crime, disposição até então inexistente na antiga Lei do CADE. Já a novel Lei nº 12.529/2011, “nova Lei do CADE”, prevê em seu artigo 46 o prazo prescricional quinquenal para as ações punitivas da administração pública federal. O §4º do mesmo artigo, no entanto, estabelece que o prazo prescricional será o previsto na lei penal “quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime.”

Considerando que o ato ilícito administrativo de cartel, previsto no artigo 20 da antiga Lei do CADE, também constitui crime previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, o CADE passou a analisar se o prazo prescricional da pretensão punitiva penal seria aplicável aos processos administrativos perante o CADE em casos de cartel, na medida em que tal infração econômica constitua crime.

3.1. Desnecessidade de averiguação criminal prévia

Uma das questões comumente enfrentadas na análise do CADE é a necessidade ou não de averiguação criminal prévia sobre o mesmo fato objeto apurado pelo CADE no âmbito do respectivo Processo Administrativo. Assim, seguem abaixo os entendimentos majoritários do CADE, ou seja, dos votos vencedores nos respectivos processos administrativos acerca do tema. Destaca-se que não foram incluídos os posicionamentos no âmbito de eventuais embargos de declaração relacionados.

Dentre os processos administrativos analisados, a primeira manifestação sobre o tema ocorreu no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18⁵, julgado em 25 de fevereiro de 2015, na 59ª Sessão Ordinária de Julgamento, de Relatoria do então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. O então Conselheiro discordou da tese de alguns representados acerca da necessidade de investigação criminal sobre o mesmo objeto para que houvesse a extensão do prazo quinquenal para o prazo prescricional de doze anos. No âmbito de tal Processo Administrativo, o CADE entendeu que a “lei trata do ‘fato’ em abstrato”, e, portanto, se o ilícito

⁵ CADE, Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de fevereiro de 2015.

em abstrato for o mesmo em ambas as esferas, penal e administrativa, o prazo prescricional penal deveria ser aplicado.

Para Márcio de Oliveira Júnior, ainda, eventual vinculação de tais prazos prescricionais “à existência de investigação criminal em curso” teria o condão de (i) “inviabilizar as apurações concorrenciais”; e (ii) “retirar crédito da expertise até então reunida pelo CADE na repressão a condutas anticompetitivas”. No caso concreto, o prazo de doze anos para a contagem de prescrição foi aplicado aos representados⁶ pela participação em suposto cartel no mercado de mangueiras marítimas.

O mesmo entendimento foi aplicado, no ano de 2015, pelo então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, pelo menos, no âmbito do Processo Administrativo n° **08012.004430/2002-43**⁷, **instaurado para apurar suposto cartel no mercado de mineração de areia no Noroeste do Paraná e do Processo Administrativo n° 08012.008847/2006-17**⁸, instaurado para apurar suposto cartel no mercado de revenda de combustíveis em Vitória, no Estado do Espírito Santo.

No Processo Administrativo n° 08012.007818/2004-68⁹, instaurado para apurar eventual cartel no mercado de peróxido de hidrogênio, o mesmo entendimento também foi mantido pelo então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Adicionalmente, no caso concreto, Márcio de Oliveira Júnior destacou que uma das pessoas físicas representadas também teve a sua participação na suposta prática apurada no âmbito da Ação Penal n° 050.05.101822-5, em trâmite junto à 2ª Vara Criminal Central de São Paulo.

Ainda no ano de 2015, o então Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo também teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema

⁶ Especificamente, para os Representados Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda., Manuli Rubber Industries SpA, Bridgestone Corporation, Trelleborg Industrie SAS, The Yokohama Rubber Co. Ltd., Parker ITR SrL, Sr. Massimo Nebiolo, Dunlop Oil and Marine Ltda., Flexomarine S/A, Flexomarine Empreendimentos Ltda., Pagé Indústria de Artefatos de Borracha Ltda., Sr. Silvio Jorge Rabello, Sra. Maria Lúcia Peixoto Ferreira, Sr. Robert Louis Furness e Sr. Antonio Carlos Araes.

⁷ CADE, Processo Administrativo n° **08012.004430/2002-43**, **Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de março de 2015.**

⁸ CADE, Processo Administrativo n° 08012.008847/2006-17, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 20 de maio de 2015.

⁹ CADE, Processo Administrativo n° 08012.007818/2004-68, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 14 de julho de 2015.

no âmbito do Processo Administrativo nº **08012.008960/2010-71**¹⁰, **instaurado com o intuito de analisar suposta prática de “concessionárias de veículos do Distrito Federal”**, que “orientadas pelo sindicato da categoria, teriam intentado um reajuste coletivo nos preços cobrados das seguradoras em relação aos serviços de manutenção e reparo de automóveis”. O Processo Administrativo foi julgado pelo Tribunal do CADE em 11 de novembro de 2015, durante a 75ª Sessão Ordinária de Julgamento.

De acordo com Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, no caso concreto, o Ministério Público Federal especializado junto ao CADE teria opinado no sentido de que o prazo prescricional penal “só poderia ser aplicado se estivesse em curso alguma apuração criminal, o que não ocorreu no presente feito”. No entanto, para Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, tal entendimento não se aplica, uma vez que bastaria que “o fato investigado em âmbito administrativo seja o mesmo daquele tipificado na esfera criminal” para que o prazo prescricional penal fosse aplicado pelo CADE no âmbito dos processos administrativos analisados pela Autarquia.

O mesmo entendimento foi mantido pelo então Conselheiro no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79¹¹, instaurado para apurar alegado cartel no mercado de componentes para tubos de raios catódicos e julgado em 9 de novembro de 2016; do Processo Administrativo nº **08012.010744/2008-71**¹², **instaurado para apurar suposto cartel no mercado de leite tipo C produzido na região de Pelotas, no Rio Grande do Sul e julgado em 18 de janeiro de 2017, na 97ª Sessão Ordinária de Julgamento; e do Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90**¹³, **instaurado para apurar suposto cartel em licitação para execução de**

¹⁰ CADE, Processo Administrativo nº **08012.008960/2010-71**, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11 de novembro de 2015.

¹¹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 14 de setembro de 2016.

¹² CADE, Processo Administrativo nº **08012.010744/2008-71**, Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 18 de janeiro de 2017.

¹³ CADE, **Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90, Conselheiro Relator** Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 7 de junho de 2017.

obras públicas no Paraná e julgado em 7 de junho de 2017, na 106ª Sessão Ordinária de Julgamento.

Em 2016, o CADE pôde se pronunciar sobre o assunto também no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66¹⁴, instaurado para averiguar suposto cartel no mercado de perboratos de sódio. O Relator do Processo Administrativo, Conselheiro João Paulo de Resende, destacou que não há uma relação de dependência entre as esferas administrativa e penal no disposto no artigo 1º, §2º da Lei nº 9.873/1999. Nesse sentido, segundo o Conselheiro do CADE, (i) “a legislação administrativa apenas se apropria dos prazos previstos na legislação penal”; ademais, (ii) a interpretação sistemática das normas em questão também levariam à conclusão de independência das esferas. Assim, concluiu que, caso fosse necessária a apuração criminal para que o prazo prescricional penal fosse aplicado aos processos administrativos no CADE, a configuração da prescrição “ficaria a depender de condição futura e incerta, qual seja, a instauração do processo criminal”; além de ressaltar que os prazos prescricionais para pessoas físicas e jurídicas seriam diferentes.

O Conselheiro, em seu voto, então destacou alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os prazos prescricionais penais só poderiam ser aplicados no âmbito administrativo caso houvesse apuração criminal. Para o Conselheiro, tais entendimentos não poderiam ser aplicados pelos três motivos a seguir indicados:

“(i) tratam-se de decisões de Turmas do STJ, ou seja, não se trata de entendimento firmado no âmbito de Seção tampouco sedimentados no julgamento de recursos repetitivos, de modo que não há, do ponto de vista normativo e também de prestígio à segurança jurídica, uma expectativa que tais precedentes sejam replicados administrativamente; (ii) ainda que façam referência à Lei 9.873/1999, as decisões do STJ não tratam especificamente de processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica e (iii), por fim, a maioria dessas decisões referem-se a processos disciplinares de servidores públicos e, muitas delas, a casos de demissões por crime contra a administração pública, nos termos do inciso I do art. 132 da Lei 8.112/1991, logo, há uma

¹⁴ CADE, Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 24 de fevereiro de 2016.

diferença entre um fato ser, ao mesmo tempo, infração administrativa e penal e a penalidade administrativa depender/estar condicionada ao cometimento de um crime.”

Assim, João Paulo de Resende entendeu que o prazo prescricional penal de doze anos pode ser aplicado pelo CADE independentemente de apuração criminal.

Mais recentemente, na 124ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 23 de maio de 2018, o CADE teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16¹⁵. Especificamente, o Processo Administrativo em questão foi instaurado para apurar suposto cartel no mercado de aparelhos eletrônicos de direcionamento de fluxo de energia elétrica com isolamento a gás (“*gas-insulated switchgears*”). Ao analisar o tema da prescrição, a Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova fez uma transcrição do voto do Conselheiro João Paulo de Resende proferido no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50¹⁶, atestando que o prazo prescricional para apuração da prática de cartel é de doze anos, independentemente de apuração criminal.

3.2. Aplicabilidade do prazo prescricional penal a pessoas jurídicas

Além da questão relativa à necessidade ou não de apuração criminal para a aplicação do prazo prescricional penal, outra questão que se coloca é identificar se o CADE se pronunciou, nos processos administrativos analisados, acerca da aplicabilidade do prazo prescricional penal para pessoas jurídicas, na medida em que estas não poderiam, em tese, ser responsabilizadas penalmente.

O Processo Administrativo identificado, no qual o CADE se pronunciou expressamente acerca do assunto, foi o Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31¹⁷, com julgamento de seu mérito finalizado na 127ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 8 de agosto de 2018. O referido Processo Administrativo foi instaurado para apurar suposto cartel entre associações de

¹⁵ CADE, Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16, Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, julgado em 8 de agosto de 2018.

¹⁶ CADE, Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.

¹⁷ CADE, Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31, Conselheira Relatora Paula Azevedo, julgado em 8 de agosto de 2018.

rádio táxi, “no mercado de prestação de serviços de transporte de passageiros de táxi, na cidade de Curitiba, que teria ocorrido entre 2003 e 2009.”

Quanto à questão relativa à prescrição, ficaram vencidos a Conselheira Relatora Paula Azevedo e o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Especificamente em relação à aplicabilidade da prescrição penal para pessoas jurídicas, destaca-se o posicionamento dos três Conselheiros que proferiram voto escrito sobre o tema, em ordem alfabética, Alexandre Barreto de Souza, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e Paulo Burnier da Silveira.

Inicialmente, o Conselheiro Alexandre Barreto de Souza, Presidente do CADE, entendeu que o prazo prescricional penal se aplica a pessoas jurídicas, também porque não há na lei associação entre a prescrição administrativa estar vinculada ao tipo penal do respectivo acusado, sendo tal “uma interpretação restritiva do texto da lei”.

Por sua vez, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt fundamentou a aplicabilidade do prazo prescricional penal em duas razões, resumidamente, (i) a inaplicabilidade se trata de interpretação sem “amparo na lei em comento nem em precedentes judiciais” e (ii) a condenação seria pelo “fato, cartel, independentemente se as pessoas são jurídicas ou físicas.”

Por fim, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira fundamentou a aplicabilidade do prazo prescricional penal para as pessoas jurídicas, considerando, resumidamente, que (i) “o elemento central é o ***fato***”, sendo “irrelevante o fato das pessoas jurídicas não serem passíveis de responsabilização penal, para fins de contagem de prescrição.” Além disso, o Conselheiro destacou que “as pessoas jurídicas são uma ficção jurídica, atuando, necessariamente, através de seus administradores pessoas físicas”; e que, como “os administradores não representam as pessoas jurídicas, mas as apresentam”, “a aplicação dos mesmos prazos prescricionais para uma empresa e seu respectivo administrador parece consistente com a sistemática legal também sob esse prisma.”

4. Conclusão

Em que pesem os argumentos identificados acima pela aplicação do prazo de prescrição penal em processos administrativos instaurados para averiguar a ocorrência da conduta de cartel, discorda-se, respeitosamente, dos Eminentes Conselheiros que tiveram voto nesse sentido.

Mais coerente e condizente com o instituto da segurança jurídica seria o entendimento esposado pelo Tribunal do CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-91¹⁸, no qual o CADE reconheceu que o prazo de cinco anos era aplicável às investigações do CADE e que “apenas se utiliza o prazo prescricional da ação penal nos processos administrativos, consoante determina o artigo 1º, §2º, da Lei nº 9.873/99, caso haja ou possa existir alguma ação penal no caso em concreto”. Tal entendimento baseou-se no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 10.699/RS¹⁹, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).

No Recurso Especial nº 1.116.477/DF²⁰, a Primeira Turma do STJ proferiu decisão específica com relação à Lei nº 9.873/1999, na qual foi afirmado que a:

“pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal. Precedentes”.

Nesse mesmo sentido é o acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 18.319/SC de relatoria da Ministra Laurita Vaz²¹.

Importante destacar que esse entendimento é seguido à risca por outros órgãos da Administração Pública, como é o caso do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (“CRSFN”), que já pacificou sua jurisprudência nesse sentido. A título de exemplo, cita-se trecho do acórdão do julgamento do Recurso nº 13.946²², de relatoria do Conselheiro Francisco

¹⁸ CADE, Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01, Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 31 de janeiro de 2007.

¹⁹ STJ, RMS 10699/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 3 de dezembro de 2001, DJ 4 de fevereiro de 2002, p. 544.

²⁰ STJ, REsp 1116477/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16 de agosto de 2012, DJe 22 de agosto de 2012.

²¹ STJ, RMS 18.319/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 5 de setembro de 2006, DJ 30 de outubro de 2006, p. 332.

²² CRSFN, Recurso nº 13.946, Conselheiro-Relator Francisco Satiro de Souza Junior, julgado em 18 de agosto de 2015.

Satiro de Souza Junior, que, fazendo referência justamente ao acórdão de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki mencionado acima, afirmou que

“a atração do prazo prescricional criminal nos termos do § 2º do artigo 1º, da Lei nº 9.873/99 só é cabível nas hipóteses em que tenha havido recebimento de denúncia pelo juízo criminal, com a consequente instauração da ação penal”.

Portanto, de acordo com os precedentes do STJ examinados acima e acórdão do CRSFN, na ausência de uma ação penal correspondente, o prazo prescricional penal não poderia ser aplicado à esfera administrativa.

Decisões similares também foram proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF-1”) e pelo STJ em relação a leis com dispositivos semelhantes (Lei nº 8.112/1990; Lei Estadual de São Paulo nº 10.261/1968; Lei Suplementar do Estado do Rio Grande do Sul nº 10.098/1994)²³²⁴²⁵.

Analisando-se a questão por outro viés, apenas um juiz criminal pode, após a conclusão de um processo penal (no qual os réus tenham o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal), decidir que um crime foi praticado. Entendemos, portanto, não ser possível afirmar simplesmente que um fato sob investigação em um Processo Administrativo também deve ser considerado, “em tese”, um crime, sob pena de violação ao princípio inculcado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Destaca-se, nesse sentido, voto proferido pelo então Conselheiro Olavo Chinaglia, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64²⁶.

²³ STJ, MS 14159/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 24 de agosto de 2011, DJe 10 de fevereiro de 2012.

²⁴ STJ, MS nº 15.462/DF, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14 de março de 2011, DJe 22 de março de 2011.

²⁵ TRF-1, AC 2002.35.00.006731-0/GO, Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Juiz Federal Convocado Klaus Kuschel, Quarta Turma, e-DJF1 21 de novembro de 2008, p.812.

²⁶ Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64 (Representado: McDonald's Comércio de Alimentos). O julgamento do caso teve início em 18.7.2012 e o Conselheiro Relator, Sr. Olavo Chinaglia, proferiu voto pela prescrição. O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo teve a mesma opinião e

Vale mencionar que um crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Portanto, não basta considerar que existe um tipo penal para a conduta de cartel – no sentido de que seria considerado um crime nos termos da Lei nº 8.137/1990 – para afirmar que o cartel é, de fato, um crime. Dois elementos estariam faltando: a antijuridicidade e a culpabilidade (incluindo o estado mental do agente).

As autoridades administrativas não podem simplesmente afirmar que “o fato objeto da ação punitiva da Administração também constitui crime” antes que o Poder Judiciário assim se pronuncie. O Poder Executivo não possui competência nem ferramentas para determinar se um ato constitui um crime. Também é necessário enfatizar que, de acordo com a legislação brasileira, todas as pessoas são inocentes até prova em contrário.

Mencione-se ainda que, como o então Conselheiro Olavo Chinaglia bem apontou, os tipos penais que são considerados crimes sob a Lei nº 8.137/1990 são extremamente amplos. A Lei nº 8.137/1990 não especifica que tipos de ajustes ou acordos podem ser considerados crimes. No limite, toda conduta anticompetitiva (horizontal ou vertical) poderia ser considerada crime e, portanto, o prazo prescricional seria de doze anos. Parece evidente que essa não pode ser a interpretação correta da Lei nº 9.873/1999 (ou da Lei nº 12.529/2011), que estabelece como regra que o prazo prescricional é de cinco anos. Essa interpretação simplesmente retiraria a eficácia desse dispositivo legal.

Portanto, o CADE não detém competência para afirmar que os fatos investigados em um Processo Administrativo constituem crime. Cabe, no entanto, ao Ministério Público determinar se esses fatos constituem crime ou não, assim oferecendo ou deixando de oferecer a denúncia, estando os argumentos levantados pelo Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia em sintonia com o entendimento que vem sendo aplicado pelo Poder Judiciário e em observância ao princípio da segurança jurídica.

suscitou, além disso, que a conduta investigada teria sido descriminalizada. O Conselheiro Alessandro Octaviani Luis pediu vista dos autos. Em 9.6.2014, o julgamento foi concluído após o voto-vista do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis pelo arquivamento do processo, tendo em vista a incidência da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, em razão da descriminalização da conduta investigada nos autos. O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo.

No que diz respeito à aplicabilidade do prazo prescricional penal a pessoas jurídicas, tal medida seria impossível em razão da ausência do elemento “tipicidade” do crime. Um fato é “típico” quando contém todos os elementos do tipo legal. De acordo com Júlio Fabbrini Mirabete, os elementos do fato típico são os seguintes: (a) a conduta (ação ou omissão); (b) o resultado; (c) a relação de causalidade; e (d) a tipicidade²⁷. Damásio E. de Jesus explica que -- “[c]onduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade.”--²⁸ Nesse sentido, -- “[é] um comportamento humano, não estando incluídos, portanto, os fatos naturais (raio, chuva, terremoto), os do mundo animal e os atos praticados pelas pessoas jurídicas”--²⁹.

Para que um fato seja considerado crime contra a ordem econômica, conforme tipificado na Lei nº 8.137/1990, faz-se estritamente necessário que tal fato seja típico e, para esse fim, que a conduta seja realizada por uma pessoa física. Os atos de pessoas jurídicas não são fatos típicos e, portanto, não podem ser considerados crimes³⁰.

Sob essa perspectiva, vale mencionar decisão da Quinta Turma do TRF-1, na qual se afirmou que o artigo 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/1999, não é aplicável a pessoas jurídicas, pois pessoas jurídicas não podem ser consideradas agentes de crime³¹.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 101.

²⁸ JESUS, Damásio E. de, apud MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, p. 104.

²⁹ Idem, p. 104.

³⁰ Luiz Regis Prado indica que: --“Saliente-se que, pelo fato de o Direito Penal ser informado pelos princípios da pessoalidade da pena e da culpabilidade, serão sujeitos ativos o empresário individual ou os sócios integrantes da empresa comercial; jamais esta, por lhe faltar a consciência e vontade de atuar.”-- (PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 3ª ed. Rev. Atual. e Ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.).

³¹ TRF-1, AC nº 2001.34.00.027418-7/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e- DJF1 8 de julho de 2013.

O mesmo entendimento veio a ser aplicado pelo CRSFN, por exemplo, quando do julgamento do Recurso nº 11.364, de relatoria do Conselheiro Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa.³²

Por todos esses motivos, discorda-se dos supramencionados votos proferidos pelos Eminentes Conselheiros Alexandre Barreto de Souza, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e Paulo Burnier da Silveira, em razão do entendimento no sentido (i) da impossibilidade de aplicação do prazo prescricional penal pelo CADE ausente ação penal específica para apurar o alegado crime investigado na seara administrativa; e (ii) da impossibilidade de aplicação do prazo prescricional penal a pessoas jurídicas.

Referências bibliográficas

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.) Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

CADE, Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 24 de fevereiro de 2016.

_____. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16, Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, julgado em 8 de agosto de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01, Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 31 de janeiro de 2007.

_____. Processo Administrativo nº 08012.004430/2002-43, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de março de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 14 de setembro de 2016.

_____. Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 14 de julho de 2015.

³² CRSFN, Recurso nº 11.364, Conselheiro-Relator Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, julgado em 21 de janeiro de 2016.

_____. Processo Administrativo nº 08012.008847/2006-17, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 20 de maio de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08012.008960/2010-71, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11 de novembro de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71, Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 18 de janeiro de 2017.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 de fevereiro de 2015.

_____. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31, Conselheira Relatora Paula Azevedo, julgado em 8 de agosto de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08700.004627/2015-49, Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 22 de novembro de 2017.

_____. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50, Conselheiro Relator João Paulo de Resende, julgado em 4 de julho de 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 7 de junho de 2017.

CRSFN, Recurso nº 11.364, Conselheiro-Relator Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa. Julgado em 21 de janeiro de 2016.

_____. Recurso nº 13.946, Conselheiro-Relator Francisco Satiro de Souza Junior, julgado em 18 de agosto de 2015.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste: o combate aos cartéis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio E. de, apud MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal.

[MARRARA, Thiago](#). Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. 496p.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Direito concorrencial e regulação econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3ª ed. Rev. Atual. e Ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo Administrativo de Investigação de Cartel*. São Paulo: Editora Singular, 2016.

STJ, MS 14159/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 24 de agosto de 2011, DJe 10 de fevereiro de 2012.

_____. MS nº 15.462/DF, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14 de março de 2011, DJe 22 de março de 2011.

_____. REsp 1116477/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16 de agosto de 2012, DJe 22 de agosto de 2012.

_____. RMS 10699/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 3 de dezembro de 2001, DJ 4 de fevereiro de 2002.

_____. RMS 18.319/SC, Relator Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 5 de setembro de 2006, DJ 30 de outubro de 2006.

TRF-1, AC 2002.35.00.006731-0/GO, Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Juiz Federal Convocado Klaus Kuschel, Quarta Turma, e-DJF1 21 de novembro de 2008, p.812.

_____. AC nº 2001.34.00.027418-7/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 8 de julho de 2013.