

DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA:

Considerações sobre a sua Natureza Jurídica, Compulsoriedade de Celebração pela Administração Pública e Questões de Direito Intertemporal

Leonardo Canabrava Turra¹

1. Marco teórico da discussão

O instituto do Compromisso de Cessação de Prática, de reconhecida utilidade e eficácia na lei antitruste, passou por uma significativa modificação legislativa que restringiu o seu âmbito de aplicação.

A redação original da lei 8884/94, mais precisamente no seu artigo 53, dispunha que “em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”.

No entanto, o advento da lei 10.149/2000 acrescentou ao mencionado artigo 53 um parágrafo 5º, que determinou a sua não aplicação às condutas concertadas descritas nos incisos I, II, III e VIII do artigo 21 da lei antitruste, *verbis*:

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei.

Essa inovação legislativa, como era de se esperar, alcançou vários processos em andamento na SDE e no próprio CADE, suscitando o pronunciamento daqueles órgãos acerca da aplicabilidade do novo diploma legal às situações pretéritas.

Examinando alguns pedidos concretos, a Procuradoria do CADE entendeu pela aplicação das novas restrições aos processos em curso, justificando a decisão pelos seguintes argumentos:

¹ Bacharel em direito pela UFMG e em economia pela PUC-MG, Mestre e doutorando em direito econômico pela UFMG, Professor da Faculdade de Direito Milton Campos, Procurador do Estado de Minas Gerais.

- a) que a restrição estabelecida pela lei 10.149/2000 seria imediatamente aplicável aos processos em curso, eis que não haveria direito adquirido ao julgamento pela lei existente à data do fato;
- b) que a inovação legal seria de natureza jurídica processual, e portanto teria aplicabilidade imediata aos processos em curso;

Também afirmou a procuradoria do CADE:

- 1) que o compromisso de cessação é uma faculdade do CADE, já que a lei usa a expressão '*poderá ser celebrado*', cabendo ao administrador a avaliação da "conveniência e oportunidade" de se celebrar o compromisso;
- 2) que não faz sentido celebrar o compromisso de cessação quando a administração já dispõe de elementos de convicção para uma decisão condenatória.

Tanto a SDE quanto o CADE consideraram acertado o entendimento da Procuradoria era acertado, e não deferiram a celebração do Compromisso de Cessação em inúmeros casos, o que sugere um exame dos motivos invocados e a sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

2. Compromisso de cessação natureza jurídica de transação

Ao contrário do que quis fazer parecer a procuradoria do CADE, o compromisso de cessação não tem caráter processual, mas, sim, material. Conforme ensina Moacyr Amaral Santos² :

"Leis processuais ou leis do processo (...) são aquelas que regulam o exercício da função jurisdicional. Enquanto as leis materiais criam direitos e obrigações ou definem situações, ou seja, tutelam determinadas categorias de interesses e, quando em conflito, declaram qual dos interesses em conflito se acha protegido pelo direito, as leis processuais se destinam a realizar aquelas leis em face de um concreto conflito de interesses."

Fica, pois, evidente, que a natureza material e não processual do compromisso de cessação, eis que implica na criação de obrigação para o administrador (não fazer a ação acoimada de ilegal) e fazer e não fazer para a administração (fiscalizar e não punir), definindo a situação *sub examine*.

² Primeiras Linhas de Direito Processual, vol. I, Saraiva, 1987, p. 25.

Essa natureza jurídica substantiva é, igualmente, reconhecida pela melhor doutrina, que atribui ao Compromisso a natureza jurídica de **transação**, instituto reconhecidamente de direito material, e não processual. O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca³, ex-magistrado da Justiça Federal, ex-conselheiro do CADE e professor Titular de Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais, assim preleciona:

“A criação legal do “compromisso de cessação” deixa no âmbito da incerteza a infringência contra a ordem econômica. **esse compromisso se insere no instituto jurídico da transação**, previsto nos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil.
.....(....)

Com esse acordo se extingue ou paralisa a investigação, havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração.”.....
(...)

O objetivo primordial da existência e concretização do compromisso de cessação, do ponto de vista da Administração, é o de fazer cessar a prática de atos que ela entende estarem em conflito com a ordem econômica. (grifou-se)

Quando muito, poder-se-ia admitir ao instituto uma natureza mista, incapaz no entanto de torná-la mero instituto de direito processual, de aplicação imediata.

O fato de uma lei interferir na tramitação processual não a torna – apenas por isso – uma lei processual. Várias são as hipóteses de normas que interrompem o curso normal de um processo, às vezes suspendendo-o, às vezes extinguindo-o, mas sempre tendo como consequência mediata a extinção da punibilidade, que é uma óbvia hipótese de direito material.

Um exemplo clássico, do qual voltaremos a falar mais adiante, é o instituto análogo denominado de ‘suspensão condicional do processo’, contido na lei 9099/95, instituto este que tem as mesmas características e consequências atribuídas ao Compromisso de Cessação. Na Suspensão Condicional do Processo (do Direito Penal), como aqui, no Compromisso de Cessação (do Direito Econômico), existe uma paralisação do processo, enquanto o processado cumprir determinações estipuladas pela autoridade. Aqui, como alhures, a consequência do fiel cumprimento do pactuado é a extinção da punibilidade. Mister destacar que, salvo melhor juízo, não há um só autor que afirme que uma causa

³ Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste, Forense, 1998, p. 135-137.

extintiva da punibilidade seja instituto de direito processual, seja ela qual for. Essa coincidência de características e a natureza de suspensão condicional do processo já foram identificadas por Sídio Rosa de Mesquita Junior⁴, *verbis*:

É inegável a natureza de transação da **suspensão condicional do processo**, onde a autarquia e a empresa fazem um acordo que visa a imediata cessação da infração sob investigação.” (grifou-se)

3. Compromisso de cessação como direito público subjetivo do administrado e dever da administração

Uma vez mais com a devida *venia*, verificamos que os nossos órgãos de defesa da concorrência não souberam dar ao dispositivo legal a sua apropriada interpretação.

Com efeito, conforme já mencionamos, a procuradoria do CADE afirmou tratar-se o compromisso de cessação de mera faculdade, justificando o entendimento pelo fato de a lei mencionar que o compromisso ‘*poderá*’ ser celebrado. Ao assim proceder, jungiu-se o CADE ao mais rasteiro dos critérios de hermenêutica, que é o critério literal. O professor Glauco Barreira Magalhães Filho⁵ ensina que:

“A ambigüidade e a vagueza dos textos normativos, a relativização do princípio da separação de poderes e as relações ocorridas nas relações sociais são exemplos de fatores que contribuíram para revelar a **insuficiência da interpretação literal**. (...)”

Podemos concluir que a realização do direito de modo justo e eqüitativo – pela sua interpretação, aplicação e integração – está a depender da formação moral e da sensibilidade do julgador. A ciência propõe métodos, ou seja, a forma, mas o conteúdo do Direito concreto concebido pelos juizes, deve emanar da espiritualidade e da ética.” (grifou-se)

Dando ao dispositivo o seu real alcance Sídio Rosa de Mesquita Junior⁶ lembra que a lei 9099/95 também usa a expressão “poderá propor” ao tratar do instituto análogo da suspensão condicional do processo (art. 89). E, no que pertine à aplicação daquela lei, nenhum intérprete ou tribunal cogita tratar-se de faculdade, mas sim de compulsoriedade, desde que preenchidos os requisitos legais.

⁴ Revista de Direito Econômico, jul/dez 1996, p. 65-71.

⁵ Hermenêutica Jurídica Clássica, Mandamentos, 2002, p. 62 e 89.

⁶ Revista de Direito Econômico, jul/dez 1996.

Afirma o ilustre professor:

“É mister a lembrança de que o artigo 89 da lei 9099/95 encontra-se assim escrito: ‘... o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, **poderá** propor a suspensão do processo...’. Da mesma forma, a lei 8884/94 menciona a palavra **poderá**, mas, **assim como no processo penal, não se trata de faculdade do Estado, mas de direito subjetivo do acusado.**” (grifou-se)

Corroborando o entendimento desposado pelo ilustre professor citado, temos que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de ser imperativo (e não facultativo) o oferecimento da suspensão condicional do processo, nos termos da lei 9099/95, não obstante a utilização da mesma palavra ‘poderá’:

“Responsabilidade Penal – Lei 9099/95 – Suspensão Condicional – Proposta – O Ministério Público **deve ofertar** a proposta de suspensão condicional do processo dado ser **direito público subjetivo** do réu recebê-la. Em não querendo formular, como o processo não pode ficar parado, caberá ao juiz fazê-lo.” (STJ, REsp. 136511, 6ª T, DJ de 03.08.1998, p. 336)” (grifou-se)

Com o perdão da redundância, é de se insistir na assertiva de que o fato de a lei dizer *PODERÁ* não impediu o STJ de entender que se trata de um DEVER.

Não fosse assim, estaria aberta a porta para a iniquidade e para a improbidade, já que ficaria ao exclusivo alvedrio da administração decidir quem seria favorecido ou preterido na celebração do compromisso.

Não se trata de negar a natureza discricionária do ato administrativo, mas de fixar o âmbito de aplicação dessa discricionariedade. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, **“discricionariedade é liberdade dentro da lei”**. E acrescenta o mestre:

“Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente.”(..)

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, **não se en-**

⁷ Curso de Direito Administrativo, 12a. ed., Malheiros, 2000, p. 32 e 370.

quadram a livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a intentio legis. (...)

‘Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, à vontade’. **Administração é a ‘atividade do que não é senhor absoluto’.** (...)

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração **os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador.** (...) (grifou-se)

Evidentemente, há uma margem de discricionariedade administrativa na celebração do compromisso de cessação. Mas essa discricionariedade diz respeito ao **conteúdo do pacto**, e não à possibilidade de sua celebração ou não. Quanto à obrigatoriedade de sua celebração, ato administrativo é vinculado.

Assim, discricionariedade haverá, na fixação do conteúdo do compromisso – que deve assegurar a restauração da ordem econômica – e na fixação da penalidade pelo inadimplemento. Mas, mesmo nesse caso, não se há que falar em vontade absoluta do administrador, que deverá fixar razoavelmente as condições da transação:

“Descende também do princípio da legalidade o princípio da razoabilidade. Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cavível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercer certa discricionariedade administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. (...)”

Procede ainda do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o fim público insculpido na regra aplicanda é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal.”⁸

⁸ Id., *ibid.*, p. 39.

Em síntese, negar-se a celebração do próprio pacto, é desbordar a esfera da discricionariedade administrativa para ingressar na perigosa seara do arbítrio do administrador.

4. A Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região Compromisso de Cessação como Norma de Direito Material e como Direito Subjetivo do Processado

O egrégio TRF da 1ª. Região, julgando o Agravo de Instrumento 2002.01.00.005899-1, em aresto da lavra do eminente Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, pronunciou-se sobre a natureza material (de transação) do compromisso, bem como acerca da imperatividade da sua celebração:

“Nesse contexto, inegável, penso eu, **o direito subjetivo da agravante à celebração do compromisso de que se trata**, sendo irrelevante encontrar-se o processo na SDE ou no CADE, eis que a **transação**, nos termos da redação original do dispositivo legal pertinente, poderia ser firmado em qualquer fase do processo”.

Posteriormente, julgando os Embargos de Declaração opostos, pelo CADE, ao Agravo de Instrumento 2002.01.00.005899-1/DF, o mesmo ilustre relator assim se manifestou: (doc. anexo)

“Na decisão ora embargada, **considere** que o agravante tinha o direito subjetivo à celebração do compromisso de cessação de conduta pela qual vinha suplicando desde o nascedouro do procedimento administrativo, em consonância com o disposto no artigo 53 da lei 8884/94, a estatuir que, “em qualquer fase do procedimento administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação que não importará confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.” (doc. anexo, grifou-se)

Finalmente, julgando pedido de efeito suspensivo de decisão do CADE, nos autos do Agravo de Instrumento 2002.01.00.026790-6/DF, o ilustre Desembargador Fagundes de Deus assim se pronunciou:

“a dita lei superveniente (Lei nº 10.149/2000), ao excluir a possibilidade de se celebrar termo de compromisso nos casos de infração contra a ordem econômica relacionadas nos incisos I, II, III e VIII do artigo 21, **não erigiu, simplesmente, normas de direito processual, mas, sim, de direito material**, na medida

que subtraiu, como conseqüência, direito já constituído em favor da pessoa jurídica que houvesse cometido as atividades infracionais inscritas nos apontados incisos do artigo 21.”

5. Jurisprudência do próprio CADE - Compromisso de cessação como direito do processado

Por outro lado, a recente manifestação da SDE e do CADE, com fulcro no parecer examinado, ofende – salvo melhor juízo – a jurisprudência pretérita do próprio CADE⁹, que em outros momentos já se havia pronunciado pela impossibilidade de recusa por parte da autoridade, ante a solicitação de Celebração do Compromisso por parte do processado. Manifestando-se sobre o pedido da representada, que não lograra obter assinatura do compromisso de cessação da prática investigada, assim dispôs o ilustre Conselheiro Mércio Felsky:

“(...) a Lei e a doutrina não deixam margem à dúvida de que o compromisso, pode sim, e **deve ser** celebrado até a decisão sobre o mérito da conduta que ocorre com o julgamento. Não cabe ao agente público restringir o momento de celebração do compromisso de cessação a esta ou àquela fase do processo administrativo. A lei dá o direito ao administrado de pleitear a celebração desse compromisso em qualquer momento do processo.” (grifou-se)

6. Direito intertemporal

6.1. Aplicação ao direito administrativo sancionador dos princípios informadores do direito penal

O ilustre professor Luiz Alberto Barroso¹⁰, em primoroso artigo no qual discorre sobre a aplicação ao Direito Administrativo sancionador dos princípios norteadores do Direito Penal, tece considerações da mais alta relevância sobre o tema, para concluir que o princípio da irretroatividade das normas penais que agravam a situação do processado é aplicável ao Direito Administrativo:

“A regra secular segundo a qual a norma mais benéfica retroage para beneficiar

⁹ Processo Administrativo 08000.003303/98-25, Relator: Conselheiro Mércio Felsky,. (DOU de 24/04/2000).

¹⁰ Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho/2001.

o réu sempre foi o princípio diretor da aplicação das normas penais no tempo. Nos dois últimos séculos, com o desenvolvimento do direito público e a expansão da ação punitiva do Estado com base em seu poder de polícia administrativa, doutrina e jurisprudência passaram a perceber que, embora em instâncias distintas, essa nova expressão do poder sancionatório do Estado – que vai até mesmo substituindo, em muitos campos, a repressão penal clássica – não é ontologicamente diferente do direito penal.

Ao contrário, o direito administrativo punitivo é apenas mais uma forma de manifestação do chamado poder punitivo do Estado. Sua diferenciação relativamente ao direito penal é apenas de grau ou, muitas vezes, mera opção legislativa.”

E, citando a lição do saudoso e inigualável Ministro Nelson Hungria¹¹ sobre o tema, prossegue o renomado professor:

“Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de ‘estéril especulação’. A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que ‘existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estádio do delito administrativo’. Entre nós, não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal.”

No mesmo sentido, de extensão dos preceitos penais ao Direito Administrativo Punitivo, o magistério de Celso Aranha Bandeira de Mello, escrevendo sob a égide da Constituição anterior, e de Lucia Valle Figueiredo, ambos citados por Barroso¹², *verbis*:

“Multa administrativa (...) os textos legais que reduzem a multa coercitiva, mes-

¹¹ Ilícito Administrativo e ilícito penal, RDA – Seleção Histórica 1945-1995.

¹² Apud Barroso, Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho/2001.

mo depois da infração, e até da condenação, se ainda não satisfeita, devem ser aplicados por analogia, tendo em vista o princípio jurídico, consignado no art. 150, § 16, da Constituição de 1967, de que **a lei penal mais benigna tem efeito retroativo.**” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios gerais de direito administrativo, vol. 1, 1969, p. 502, grifou-se)

“Nos primeiros, nos disciplinares, a Administração visaria a apurar fatos reputados como faltas administrativas funcionais, que poderiam levar até à demissão. Nos segundos, os sancionatórios, a Administração visaria a apurar infrações administrativas para aplicar punições. Nessas hipóteses, a verdade material sofre temperamentos. Não poderá a Administração agravar as penas, mercê dos recursos. Se assim não fosse, a parte ficaria absolutamente tolhida, quase que impossibilitada de levar sua defesa até o final. **Claro está que nesses processos – disciplinares e sancionatórios – vão vigor os mesmos princípios do direito penal.**” (Lúcia Valle Figueiredo, Curso de direito administrativo, p. 288, 1994, grifou-se)

Esse entendimento, segundo o qual o Direito Administrativo sancionador se subordina aos mesmos princípios que informam o Direito Penal – dentre eles a irretroatividade da novação legal *in pejus* –, encontra ainda respaldo na jurisprudência das nossas mais altas cortes. Inicialmente, destacamos o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal” (STJ, REsp. 19.560-0, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

“ADMINISTRATIVO – SUNAB – LEI DELEGADA Nº 4 – INCIDÊNCIA NA VENDA DE CONFECÇÕES FINAS – INFRAÇÕES CONTINUADAS.

A punição administrativa guarda evidente afinidade estrutural e teleológica com a sanção penal. É correto, pois, observar-se em sua aplicação, o princípio consagrado no art. 71 do Código Penal” (STJ, REsp. n.º 19.560-0- RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, DJ 18.10.93).

De igual teor o REsp nº 39.555-0- PE, Rel. Min. Gomes de Barros e Resp nº 39.582-8-PE, Rel. Min. Gomes de Barros, ambos publicados no DJ 28.03.94.

Mesmo o Pretório Excelso já se pronunciou acerca do acerto da tese acima desposada, fixando que se deve subordinar a aplicação de quaisquer sanções administrativas às regras que inspiram o Direito Penal. Confirma-se trecho do acórdão, relatado pelo Ministro Luiz Gallotti, no qual o ilustre ministro deixa clara a irretroatividade da norma punitiva desfavorável, *in verbis*:

“Prescrição de falta disciplinar. Contagem a partir da prática do fato, antes da atual lei paulista, que faz a prescrição correr do dia em que a autoridade toma conhecimento do fato. Deixando o julgado, na omissão da lei local quanto ao início da prescrição administrativa de socorrer-se da analogia em matéria penal, desatendeu ao disposto no art.4º da LICC. **Prevalecem na esfera criminal os princípios da aplicação da lei mais benigna e do início da prescrição, à falta de disposição em contrário, a partir do dia em que o crime se consumou. O Direito disciplinar não é infenso à analogia penal.** Antes, ao que ensina Themistocles Cavalcanti – “**no caso das penas puramente administrativas, os mesmos princípios (relativos à prescrição criminal) podem ser também aplicados por analogia**”(Direito e Processo Disciplinar, p. 179)”(RTJ71/284) (grifou-se)

Resta evidenciado, portanto, que o Direito Administrativo compartilha os mesmos pressupostos e princípios atinentes ao Direito Penal, dentre os quais o da irretroatividade da norma prejudicial aos interesses do autor do fato. Nas palavras de Barroso¹³ :

“A fórmula constitucional – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” – abrange, na expressão “lei penal”, pelas mesmas razões, as normas administrativas punitivas.”

6.2. Determinação da norma mais favorável - Lei que exclui causa extintiva da punibilidade

Estabelecida a aplicabilidade dos princípios penais ao direito administrativo sancionador, e sedimentando que, dentre esses princípios, está o da irretroatividade da norma punitiva prejudicial, resta definir se a norma que impede a celebração do compromisso de cessação está entre as que agravam a situação dos processados.

Damazio Evangelista de Jesus¹⁴ explica que se um “sujeito pratica um fato criminoso na vigência da lei X, mais benigna, e no transcorrer da ação penal surge a Y, mais severa, o caso deve ser apreciado sob a eficácia da antiga, em face da exigência de não fazer recair sobre ele uma valoração mais grave que a existente no momento da conduta delituosa.” Em seguida, o ilustre professor paulista elenca as hipóteses em que há *novatio legis in pejus*, entre as quais:

¹³ Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho/2001.

¹⁴ Direito Penal, 1º. vol, Parte Geral, Saraiva, 1988, p. 71.

“ (..)

7º.) A lei nova suprime benefícios determinados pela antiga com referência à suspensão ou interrupção da execução da pena;

8º.) A lei nova, mantendo o benefício, dificulta a sua obtenção;

9º.) A lei nova exclui causas de extinção da punibilidade;

10º.) A lei nova mantém causas de extinção da punibilidade, mas dificulta a sua ocorrência;”

Exatamente o caso em tela, em que a lei nova restringe a celebração do compromisso de cessação, que é causa de suspensão condicional do processo e extintiva da punibilidade.

Julio Fabbrini Mirabete¹⁵, conceitua e enumera causas extintivas da punibilidade, dentre as quais a composição e a suspensão do processo, *verbis*:

“As causas extintivas da punibilidade são mencionadas no art. 107, que não é taxativo, prevendo-se outras além dessas, como o ressarcimento do dano no peculato culposo, a conciliação nos crimes contra a honra, a morte do ofendido no adultério, a anulação do primeiro casamento no caso de bigamia, o decurso do prazo do sursis e do livramento condicional do processo sem revogação, a **composição e a suspensão condicional do processo** sem revogação nos crimes de competência do Juizado Especial Criminal, o pagamento do tributo ou contribuição social em determinados crimes de sonegação fiscal, etc.”

Essa exatamente a natureza do Compromisso de Cessação, que é causa de suspensão condicional do processo e composição dos interesses – público e privado – em litígio.

Essa natureza jurídica – de causa extintiva da punibilidade – foi apreendida e declarada por Sidio Rosa de Mesquita Junior (in Revista de Direito Econômico, jul/dez 1996, p. 65-71), que enunciou com propriedade:

“Os efeitos gerados pelo instituto têm natureza mista, pois, por um lado, **provocam a suspensão do processo** e, por outro, **é causa extintiva da punibilidade.**” (grifou-se)

Assim, apoiados na lição dos três insignes mestres, verificamos, claro

¹⁵ Código Penal Interpretado, Atlas, 1999, p. 549

como o sol de estio, que o parágrafo V, introduzido no artigo 53 pela lei 10.149 de 21 dezembro de 2000 representa clara modificação legal *in pejus*, que não pode ser acolhida como excusa legítima à celebração do compromisso de cessação, na medida em que a *novatio legis* excluiu hipótese de extinção da punibilidade.

6.3. *Tempus regit actum - LICC e Constituição Federal*

Finalmente, mas não menos relevante, temos que a Constituição Federal determina que a lei não retroagirá para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, valioso o entendimento do egrégio STJ:

“em tema de direito intertemporal, o princípio fundamental que norteia o sistema situa-se no plano constitucional, que preconiza o dogma de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (Ministro Vicente Leal, EDRMS 9833/CE).

No mesmo sentido do texto constitucional, o artigo 6º. da LICC, entende que também deve ser aplicado a **lei da época do fato** (a lei vigente quando da lavratura do auto de infração). Nesse sentido preleciona nos ensinamentos da Professora Maria Helena Diniz:

“(...) a nova norma., salvo situações anormais de prepotência e ditadura, não pode e não deve retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados sob o império da antiga lei. (...)

A lei nova só deverá incidir sobre os fatos que ocorrerem durante sua vigência, pois não haverá como compreender que possa atingir efeitos já produzidos por relações jurídicas resultantes de fatos anteriores à sua entrada em vigor.” (lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª Edição, 1996, p. 176)

6.4. *Precedentes do TRF da 1ª. região quanto à irretroatividade da norma que impede a celebração do compromisso de cessação*

No primeiro caso julgado pelo TRF da 1ª. Região, Agravo de Instrumento 2002.01.00.00589-1 DF, o eminente Desembargador Federal Dr. Daniel Paes Ribeiro deferiu a medida liminar para determinar o sobrestamento da execução das penalidades do CADE até o julgamento final do processo. Assim se pronunciou S. Exa.:

“Ora, conforme observa precedente do Superior Tribunal de Justiça, trazido à colação pela agravante, “em tema de direito intertemporal, o princípio fundamental que norteia o sistema situa-se no plano constitucional, que preconiza o dogma de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (Ministro Vicente Leal, EDRMS 9833/CE). (...)”

Assim, em consonância com o entendimento esposado no precedente do Superior Tribunal de Justiça, não poderia ser convocada à hipótese a lei 10.149 que, dando nova redação ao aludido artigo 53 da lei 8884/94, restringiu a celebração do compromisso de que se cuida para casos de denúncia de formação de cartel, coarctando direito subjetivo da agravante. Isto porque entrou ela em vigor em 21 de dezembro de 2000.

Neste contexto, inegável, penso eu, o direito subjetivo da agravante à celebração do compromisso de que se trata, sendo irrelevante encontrar-se o processo na SDE ou no CADE, eis que a transação, nos termos da redação original do dispositivo legal pertinente poderia ser firmada ‘em qualquer fase do processo’.” (grifou-se)

Julgando Mandado de Segurança impetrado pela Companhia Paulista de Força e Luz contra ato do Presidente do CADE, em que se postulava a suspensão de julgamento até a apreciação do seu pedido de celebração de compromisso de cessação o ilustre juiz Guilherme Jorge de Resende Brito, assim decidiu:

“Em juízo de cognição sumária, tenho que embora o dispositivo se refira a ‘poderá’, a hipótese é ato vinculado. Isso devido a natureza do procedimento administrativo perante o CADE, que é apuratório de atos tidos como ilícitos.

Também é de se reconhecer que, quanto aos atos prejudiciais à concorrência, diante da nova realidade instituída pela CF/88 (art. 170 e seguintes) e pela lei 8889/94, deve ser buscada a composição, antes da repressão.

Por fim, o pedido pode ser feito a qualquer tempo, como se conclui da decisão do próprio CADE.

Finalmente, na já mencionada decisão liminar do ilustre Desembargador Fagundes de Deus, ficou assim consignado:

“Parece seguro entender-se que é passível de aplicabilidade, in casu, o brocardo tempus regit actum, para se extrair as seguintes conseqüências jurídicas: as empresas-agravantes possuíam, à vista do regramento contido no artigo 53 da lei nº 8884/94, a prerrogativa de celebrar com o CADE compromisso de cessação

de suas práticas infracionais à ordem econômica, quando em curso o processo administrativo. Tal prerrogativa, a meu ver, resulta da existência, à época, de situação jurídica definitivamente constituída em seu prol, uma vez que o cometimento da conduta sob investigação ocorreu em data anterior ao advento da Lei nº 10.149/2000, que introduziu o § 5º. ao citado dispositivo legal (...)

Nesta análise, em *summaria coginitio*, parece-me, portanto, insucetível de ser atingida a situação jurídica já constituída em face do princípio da irretroatividade da lei, sob pena de violação ao art. 5º., inc. XXXVI, da Constituição Federal e ao art. 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil, que garantem proteção ao direito adquirido.

7. Provas da existência da infração

Resta, por derradeiro, combater a assertiva de que não se poderia celebrar o compromisso de cessação por já ter o CADE elementos suficientes para comprovar a autoria e a materialidade das infrações, sendo – portanto – caso de condenação e não de compromisso de cessação.

A lei pátria não impede que seja celebrado compromisso de cessação mesmo na hipótese de haver provas da prática de infração. Essa circunstância só é levada em conta pelo diploma antitruste para vedar a celebração de Acordo de Leniência (art. 35-B do diploma antitruste, com redação dada pela lei 10149/2000), que é um caso de delação premiada pela lei. Nesse caso, sim, a SDE fica impedida de celebrar o acordo se houver provas suficientes para lastrear a condenação, *verbis*:

“§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (...)

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo;

Certamente, no caso da leniência, não faz sentido premiar ou perdoar uma confissão senão quando ela é condição para a apuração da infração que, de outro modo, permaneceria não comprovável.

No compromisso de cessação, porém, o legislador não procedeu à mesma interdição, sendo certo que não é dado ao intérprete tornar idênticas circunstâncias que o legislador expressamente distinguiu.

De outro lado, é regra sediça de hermenêutica a interpretação restritiva das normas limitadoras de direito: *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*.

Em breve síntese: se determinada circunstância é considerada, pelo legislador, como impeditiva da celebração do acordo de leniência, e se a lei silencia quanto à impossibilidade de a mesma circunstância de fato vedar a celebração do compromisso de cessação, não pode o intérprete tornar sinônimas as duas hipóteses, sob pena de estar fazendo analogia *in pejus*, também inaplicável em se tratando de direito sancionador.

Nas infrações penais, conveniente lembrar, o fato de haver provas mais ou menos robustas não impede a transação penal e nem tampouco a suspensão condicional do processo.

8. Conclusão

Ante toda a exposição, podemos sintetizar da seguinte forma as conclusões desse breve ensaio:

- ao contrário do que vem decidindo o CADE, a norma *sub examine* tem caráter material e não processual, dada a sua natureza jurídica de transação;
- também ao contrário da recente jurisprudência do CADE, a celebração do compromisso de cessação não é faculdade da autoridade, mas direito público subjetivo do processado, sob pena de permitir o favorecimento indesejável e espúrio;
- discricionariedade e arbitrariedade não se confundem, devendo o CADE adotar as medidas necessárias para restaurar a ordem econômica, finalidade maior da norma legal, sendo o transbordamento dessa finalidade ofensivo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse contexto, a celebração do compromisso de cessação é ato vinculado, discricionário quanto ao seu conteúdo, desde que razoável;
- o direito administrativo punitivo apresenta uma afinidade ontológica com o direito penal, sendo a ambos aplicável o princípio da irretroatividade da norma prejudicial;
- é prejudicial ao processado a norma mais recente que impede o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, no caso o compromisso de cessação.
- a existência de provas mais ou menos robustas não deve limitar a celebração do compromisso de cessação, eis que essa circunstância só é sopesada pela lei para permitir ou vedar a celebração do acordo de leniência, não sendo possível estabelecer analogia *in pejus* para igualar os dois institutos em desfavor dos processados.

9. Referências Bibliográficas

1. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo* São Paulo, 12ª. ed., Malheiros, 2000, p. 32 e 370.
2. BARROSO, Luiz Alberto. Prescrição Administrativa. *Revista Diálogo Jurídico*, vol. I, nº 4, julho/2001.
3. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 135-137.
4. FRANCESCHINI, José Ignácio G. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.
5. JESUS, Damazio Evangelista de. *Direito Penal*, 1º. vol, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 71.
6. MAGALHÃES FILHO, Glauco B. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 62 e 89.
7. MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. “Compromisso de cessação e suspensão do processo. Brasília: CADE, *Revista de Direito Econômico*, n.º 24, p. 65-74.
8. MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo, Atlas, 1999, p. 549.
9. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 25.

