

ROTEIRO DO PROCESSO PENAL-ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO DE CONCORRÊNCIA¹

José Inácio Gonzaga Franceschini

SUMÁRIO

I. Processo Penal Econômico

- (a) Objetivo da sanção. Função quase-jurisdicional do CADE;
- (b) Natureza e finalidade da ação penal-econômica;
- (c) Introdução aos procedimentos penais-econômicos.

II. Procedimento de Análise de Atos de concentração

- (a) Distinção do Processo Penal-Econômico
- (b) Jurisdição Contenciosa e Voluntária
- (c) Inadmissibilidade de Intervenção de Terceiros

III. Inconstitucionalidade da Dicotomia SDE-CADE

- (a) Exigência do devido processo legal
- (b) Princípio do Juízo Natural

IV. Partes e Intervenção de Terceiros

- (a) Conceituação de parte - posicionamento do Representante
- (b) Intervenção de Terceiro - interesse jurídico
- (c) Inexistência da figura do assistente
- (d) Diferenciação entre o "ofendido" e o "prejudicado" pela infração

V. Representação de Má-fé

- (a) Enquadramento econômico
- (b) Direito de Petição e sua Limitação - Doutrina Noerr
- (c) Hipóteses
- (d) Enquadramento jurídico - abuso de direito

VI. Sigilo

- (a) Princípio da publicidade dos atos processuais
- (b) Princípio da privacidade e da defesa da intimidade
- (c) Concorrência desleal
- (d) Direito comparado

¹ O presente Roteiro contou com a inestimável colaboração de Mauro Grinberg, Edgard Antônio Pereira e Eleni Lagroteria da Silva

VII. Representação e Procedimento Administrativo

- (a) Notícia e representação da vítima direta do abuso do poder econômico - forma e requisitos;
- (b) Instauração - natureza jurídica e propósitos;
- (c) Não obrigatoriedade;
- (d) Procedimento e sindicância administrativos - diferenciação;
- (e) Procedimentos administrativos e processuais - inviabilidade de sua equiparação;
- (f) Caráter inquisitivo e sumário;
- (g) Procedimentos;

VIII. Averiguações Preliminares

- (a) Não obrigatoriedade;
- (b) Objetivo regulamentar e natureza jurídica;
- (c) Procedimento;
- (d) Natureza e efeitos do parecer-libelo acusatório da Inspetoria-Geral;
- (e) Conclusão - limites e apreciação do real motivo à instauração do processo administrativo.

IX. Processo Administrativo

- (a) Denúncia do DPDE – requisitos e características;
- (b) Despacho instaurador – indelegabilidade, motivação;
- (c) Devido processo legal – prevalência sobre o princípio do informalismo;
- (d) Subsidiariedade dos processos penal comum e civil;
- (e) Princípios fundamentais - aplicabilidade;
- (f) Princípio da ação ou oficialidade;
- (g) Princípio da indisponibilidade, irretratabilidade ou obrigatoriedade;
- (h) Princípio do contraditório - exceção de suspeição;
- (i) Princípio da verdade real ou material;
- (j) Princípio da persuasão ou do livre convencimento;
- (l) Princípio da publicidade;
- (m) Notificação-citação - modalidades;
- (n) Capacidade Processual
- (o) Formação da culpa - ônus probatório
- (p) Interrogatório do acusado;
- (q) Prova testemunhal - princípios e procedimento;
- (r) Prova pericial - princípios e procedimento;
- (s) Prova documental - princípios e procedimento;

- (t) Encerramento do processo de conhecimento - limites temporais
- (u) Apreciação do conjunto probatório;
- (v) Irrecorribilidade da decisão do Secretário da SDE - declaração.

X. Julgamento no CADE

- (a) Manifestação da Procuradoria;
- (b) Conversão em diligência;
- (c) Julgamento - princípios e procedimento;
- (d) Acórdão - requisitos e irrecorribilidade.

XI. Controle Judicial

- (a) Limites - natureza jurídica do Acórdão do CADE;
- (b) Natureza jurídica do CADE;
- (c) Inafastabilidade do controle judicial - parâmetros
- (d) Litispendência;
- (e) Forma.

XII. Execução Judicial

- (a) Competência territorial;
- (b) Rito;
- (c) Legitimação Processual - obrigações de fazer e não fazer;
- (d) Legitimação Processual - sanção pecuniária;
- (e) Titularidade da multa - FDD;
- (f) Inscrição da multa - PGU;
- (g) Multa - natureza jurídica.

1. Processo Penal-Econômico

Todas as leis, indiferentemente, em tese buscam o bem comum, sendo, portanto, de interesse geral. O Direito cria, assim, mandamentos e deveres, que *sanciona* como garantia de autoridade. As sanções visam, sobretudo, pela ameaça de sua cominação, a permanência da ordem jurídica.

Ao distinguir o lícito do ilícito, o Direito se defronta com material heterogêneo e, para ser eficaz na ordenação da conduta humana, deve ter *proporção, oportunidade e adequação de meios*. Para algumas infrações, a mera *restituição* ou o *ressarcimento de danos* basta à preservação da ordem jurídica.

ca; para outras, torna-se necessária a imposição de uma *pena*. O objetivo da reprimenda é, antes de tudo, resguardar o prestígio da lei substantiva.

Tratando-se de Direito da Concorrência, este é definido como o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da Coletividade.

A lei penal-econômica é, principalmente, de interesse público e sua efetivação aproveita a *Coletividade*, mais do que aos individualmente prejudicados.²

A observância coativa da lei penal-econômica beneficia a todos, indistintamente, sendo de proveito geral, desse abono necessitando a sociedade para que não sejam ilusórios os privilégios individuais de seus membros.

O Estado defende seus direitos-deveres e desempenha suas funções usando de força própria. A faculdade de legislar, de administrar, de julgar etc., não tem endosso judiciário, mas garantias puramente administrativas. Os agentes competentes, atuam, de regra, por coação direta.

Por isso, a função quase-jurisdicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, ou seja, a atividade-poder específica de seus Conselheiros de decidir qual a vontade da lei em relação a um caso concreto e de conferir à decisão autoridade pública e, por via judicial, exequibilidade compulsória, foi instituída para *tutelar* direitos coletivos, exprimindo-se no poder de conhecer e julgar acerca das infrações à ordem econômica. Dispõe o órgão, portanto, de funções e exerce atividade para-jurisdicional penal, embora conservando, ele próprio, estruturalmente, caráter administrativo.

As normas penais-econômicas e processuais penais-econômicas são cogentes, objetivando não só o dever de uniformizar a conduta com a vontade nelas expressa, mas, também, o direito subjetivo público do Estado de exigir que o comando contido na norma de Direito Penal-Econômico seja atuado e, precisamente, nos modos, nas formas e nos limites prescritos por normas de Direito Processual. A esse direito do Estado, nas hipóteses de infração à ordem econômica, exercitado pelo CADE, corresponde o do acusado (sujeito secundário processual) de que o Órgão não aja senão nesses moldes, maneiras e lindes previstos em lei.³

² Almeida, J. Canuto Mendes de, "Processo Penal, Ação e Jurisdição", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1975, p. 109

³ Almeida, J. Canuto Mendes de, "Processo Penal, Ação e Jurisdição", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1975, p. 112

A ação penal-econômica, portanto, constitui a atividade destinada a dar satisfação ao interesse social de restabelecimento do equilíbrio da sociedade, preservado pela livre concorrência, abalado pela conduta anticompetitiva. A ação penal-econômica configura meio idôneo para efetivar a proteção do direito subjetivo. Segundo ALTAVILLA⁴, se as normas abstratas de conduta são violadas, determina-se uma vontade concreta do Estado para aplicar as sanções, o que significa atender à concretização de um direito, crendo-o realizável. Trata-se de uma pretensão do Estado à punição do infrator, mediante prévia verificação da procedência da acusação que lhe é feita, com a conclusão de ser-lhe aplicada a pena, à qual, em caso positivo, terá de submeter-se.⁵

Isto não significa, porém, que sempre se movimente uma ação penal-econômica objetivando-se a imposição da sanção ao acusado. Ao CADE cabe a garantia da livre concorrência ofendida pelo abuso do poder econômico. Não defendendo direito próprio (do Estado), mas da Coletividade, procura sua atuação o restabelecimento da ordem econômica violada mediante remédios que mais se amoldem à preservação desta e da autoridade da lei. A atividade processual do CADE, portanto, pertence à sociedade, devendo o Órgão buscar, mais do que a punição do infrator, a consecução de um desempenho econômico desejável, pressupostos da realização do princípio da livre iniciativa constitucionalmente almejada (art. 170, *caput*, da Constituição Federal) e petreamente defendida como fundamento da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV, da Carta Magna). O Conselho tem, com autoridade constitucional (art. 173, § 4º, da Lei Maior), o direito de persecução penal-econômica, em expressão subtraída a BERNER, procurando tornar efetivo o *jus puniendi* resultante do abuso do poder econômico para impor ao infrator, a sanção pertinente.

A "jurisdição" (no sentido lato de *dicere ius*) de que o CADE é dotado, porém, é um poder estático. A ação penal-econômica põe em atividade esse poder, constituindo-se na via adequada para levar a pretensão punitiva a juízo. O CADE é, assim, o mandatário da Coletividade e o advogado da livre concorrência na tarefa de restaurar a paz e a ordem econômico-jurídica atingidas pela infração à ordem econômica, ou seja, pela violação dos preceitos assecuratórios da livre concorrência, instrumento vital da livre iniciativa.

Esta ação, no entanto, é, quando ausente qualquer *fumus boni iuris* da pretensão punitiva, ou seja, quando inexistentes até mesmo indícios suficientes à abertura de averiguações preliminares, precedida de uma fase de pesquisas, cognominada "procedimento administrativo", instituto este sucessor da

⁴ Altavilla, "Manuale di Procedura Penale", p.p. 35/36

⁵ Espínola Filho, Eduardo, "Código de Processo Penal", vol. 1. p.p. 323/345

antiga "sindicância" regulamentada pelo art. 9º do revogado Decreto nº 92.323/86 - Regulamento da antiga Lei Anti-truste, Lei nº 4.137/62), em que se colhem os dados necessários em busca da definição da existência ou não de real motivo à instauração de Processo Administrativo.

O procedimento somente é justificável na presença de indícios *prima facie*, logo precários, de infração à ordem econômica, porém ainda insuficientes até mesmo para a abertura de averiguações preliminares (art. 30 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 - LDC). Neste estágio, desenvolve-se atividade preparatória, de caráter preliminar e informativa, enquanto que consiste a ação penal-econômica no pedido de julgamento da pretensão punitiva. Esta surge para o Estado com a prática de infração à ordem econômica e representa a exigência de que o *jus puniendi* no caso prevaleça sobre o exercício da liberdade econômica do acusado, com a sujeição deste à pena cabível na espécie.⁶

2. Processo Penal-Econômico e Procedimento de Análise de Atos de Concentração

O *processo penal-econômico*, destinado a apurar e reprimir as infrações à ordem econômica, regido pelo Título VI da LDC, distingue-se na essência e propósito do *procedimento de análise de atos de concentração*, objeto do Título VII da Lei de Regência. Registra-se, portanto, desde logo: nada do que se cuida no presente roteiro é aplicável aos procedimentos de que tratam os arts. 54 e seguintes da LDC. Estes têm tratamento normativo na Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, do CADE, elaborado ao amparo do art. 7º, inciso XIX, da LDC, que confere ao Plenário do CADE competência para editar *normas procedimentais*.

Distingue-se o *processo* do *procedimento*. Enquanto aquele exige a cooperação de sujeitos, *sob prisma contraditório*, este resulta na simples sucessão necessária de atos encadeados entre si, objetivando um ato final.⁷

O processo penal-econômico é, portanto, de natureza tipicamente contenciosa, sujeitando-se aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 10, § 3º, do Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência, anexo à Portaria nº 753, de 29 de outubro de 1998, do Ministro da Justiça); já o procedimento de análise de atos de concen-

⁶ Marques, Frederico, "Elementos de Direito Processual Penal", Ed. Forense, RJ, 1961

⁷ Medauar, Odete, "A Processualidade no Direito Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1993, p. 40

tração é voluntário: não há pretensão resistida (ainda quando o ato de concentração seja alvo de objeções de concorrentes ou outros agentes econômicos), não há lide, nem partes, e, muito menos, contraditório⁸, mas apenas um negócio jurídico procedimental entre o CADE e os partícipes do ato de concentração.

De um lado, o CADE emite pronunciamentos de ordem *condenatória* na repressão às infrações à ordem econômica, exercendo *jurisdição propriamente dita* (autoridade judicante) com vistas a dirimir uma relação controvertida entre partes (lide)⁹.

De outro, exerce *funções* em que predomina o caráter administrativo, ausente o pressuposto do litígio. É o caso típico da análise de atos de concentração, que culmina com uma declaração plenária *declaratória de eficácia* (art. 54, § 7º, da LDC). Neste afã não se dedica a compor ou pacificar interesses privados conflitantes, mas exercer atribuição nitidamente preventiva em prol do interesse coletivo.

Trata-se, neste caso, da chamada *jurisdição voluntária*, em que o CADE apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá, no Direito Civil, nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou do fideicomisso etc.

Os atos da chamada jurisdição voluntária¹⁰ nada têm de jurisdicionais, porque: a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas (trata-se de atos jurídicos de direito público); b) não há o caráter substitutivo, pois, antes disso, o que acontece é que o CADE se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades dos agentes econômicos interessados; c) além disso, o objetivo dessa atividade não é uma *lide*, como sucede com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre dois agentes econômicos, mas apenas um negócio, com a participação do CADE.

Não é por outra razão, se não o fato de o procedimento descrito no art. 54 da LDC não ter natureza contenciosa, que o art. 83 do mesmo diploma confere aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil *tão-somente*

⁸ Cf. Voto vencedor do Conselheiro Leônidas R. Xausa no Ato de Concentração nº 019467/95-33, em que figuram como interessadas a Cia. Petroquímica do Sul - COPESUL e outras.

⁹ Teodoro Jr., Humberto, "Processo de Conhecimento", tomo I, Ed. Forense, RJ, 1993, pp. 50/51

¹⁰ Cintra, Antônio Carlos Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, Dinamarco, Cândido R., "Teoria Geral do Processo", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1974

aos "processos administrativo e judicial previsto (naquela) Lei", não àquele procedimento.

Por não ter partes, nem contemplar lide, o procedimento de análise de atos de concentração, sendo-lhe estranho o diploma processual civil básico, também não admite a figura do "terceiro interessado" ou do "assistente", sem prejuízo da colaboração de concorrentes e demais agentes econômicos que se proponham a oferecer comentários e/ou impugnações¹¹.

Também graças à diversidade de propósitos teleológicos (repressivo de um lado e preventivo de outro) e critérios metodológicos, ainda que porventura simultâneos, eventuais processos administrativos instaurados com vistas à apuração de condutas anticoncorrenciais ou mesmo outras questões

11 O Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, no Ato de Concentração nº 019467/95-33 - em que figuraram como interessadas a Companhia Petroquímica do Sul - COPE-SUL, a OPP - Poliolefinas S/A e a Polisul Petroquímica S/A, assim comentou:“(...) a questão da chamada ‘parte interessada’ é aqui retomada por S.Exa. e a incorporo ao voto e à discussão, porque no momento da decisão final de mérito, hoje, foi expressamente referida pelo nobre Relator. Como é sabido, envolveu despacho proferido por S.Exa., na minha ausência por motivo justificado e, a respeito da qual, na sessão ulterior, por ocasião da leitura da ata, eu manifestei meu ponto de vista de que o considerava pouco ortodoxo, aprovado em fim de sessão juntamente com um conjunto de outras providências, e admitindo no processo a Petroquímica Triunfo formalmente como ‘parte interessada’. Disse eu textualmente que S.Exa. induzira a erro os colegas economistas, que de boa fé não podiam prever o alcance da expressão e suas consequências. E profetizei que o despacho seria o primeiro de uma série que, em escalada, estabeleceria algo estranho ao direito da concorrência que é o contraditório e a idéia de ‘partes’. (...). “(...) o conceito de ‘parte interessada’ no processo, utilizado pelo nobre Conselheiro Relator, teve consequências, consequências que eu previ, dizendo na semana subsequente que eu já esperava uma escalada de despachos que teriam inevitavelmente como resultado um contraditório dentro do processo, que é tudo contrário à teoria do processo, à letra e ao espírito da lei de defesa da concorrência. Como diz muito bem S.Exa. no seu voto, trata-se do exercício de jurisdição voluntária: não há lide, não há partes, não há contraditório, há um requerente e a autoridade estatal que aplica a lei da concorrência, no caso, o CADE. E como eu previra, na verdade, a partir daí, o processo se transformou num contencioso com partes e num contraditório. E mais, a simpatia já antecipada naquela ocasião pelo nobre Relator desenvolvida ao longo do processo em favor do pleito da interessada impugnante, Petroquímica Triunfo, levou a um ponto em que não só a Triunfo foi elevada no contraditório em igualdade de condições com as requerentes, mas em um momento em que a Triunfo passou a ser o personagem mais importante do processo. O que evidentemente gerou uma subversão”.

comportamentais, não podem interferir ou mesclar-se com a análise (de cunho estrutural) de atos de concentração¹²

3. Inconstitucionalidade da Dicotomia SDE-CADE

É condição *sine qua non* de validade e legitimidade do Processo Administrativo disciplinado no Capítulo II do Título VI da Lei nº 8.884/94 a estrita observância do preceito constitucional do devido processo legal, *ex vi* do expresso comando do art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna.

Não se pode negar à legislação de defesa da concorrência a observância do *due process of law* mesmo pelos que entendam ser o processo antitruste um feito puramente administrativo¹³, constituindo, no dizer de requisito essencial para que a autoridade pública possa expressar, com fidelidade, a vontade da lei. Isto porque a vontade expressa pelo administrador não é, ou não deve ser, fruto das tendências, inclinações ou desejos pessoais, mas a mera concretização e individualização de uma vontade abstrata e genericamente prevista em lei. Incumbe ao processo concretizar essa vontade, fornecendo-lhe elementos de fato e de direito que permitirão que ela se perfaça de conformidade com o ordenamento jurídico¹⁴.

Estabelecida a premissa maior, conclui-se pela inconstitucionalidade da atual sistemática processual consagrada na Lei de Defesa da Concorrência, que atribui à SDE a competência (art. 14, inciso XII) para "instruir os processos a serem julgados pelo CADE" (art. 7º, incisos I e II).

Agrava-se a eiva na medida em que a SDE reconhece no próprio DPDE, parte acusatória no feito, como adiante se afirmará, a competência para "orientar a instrução de averiguações preliminares (e) dos processos administrativos" (Regimento Interno da SDE, art. 14, inciso V). Ora o processo repressivo não pode ter a parte acusatória na presidência da instrução, dada a natural parcialidade daquela.

12 O Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho assim se expressou no Ato de Concentração nº 61/96, em que foram Requerentes Companhia Siderúrgica Paulista - COSIPA e Thyssen-Parmaf Trading S.A.: "(...) não se pode julgar a operação supondo uma infração futura como resultado necessário e, que existem meios para controlar estas práticas (...), (voto) pela aprovação do ato sem condições"

¹³ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "A Cláusula 'devido processo legal' e a Lei Antitruste Nacional", *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, vol. 104, p. 215

¹⁴ Prates, Renato Martins, "O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado", *Revista de Direito Público*, vol. 86, p. 131

De uma só feita afrontam-se os princípios constitucionais do Juízo Natural, do devido processo legal e da ampla defesa.

“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, reza o art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal.

Trata-se de fórmula constitucional garantidora do direito individual ao Juízo Natural. O devido processo legal, sem o qual é a decisão nula, sem eficácia, exige que o feito, seja ele judicial, civil ou penal, seja administrativo, se desenvolva sempre sob a orientação da autoridade judicante¹⁵.

Ora, como visto, a legislação em vigor estabelece uma dicotomia: “a autoridade que processa (SDE) não julga” e “aquela (CADE) que julga não processa”. Ocorre que o sistema processual penal pátrio é acusatório e não inquisitivo, de modo que a autoridade julgadora há de se manter eqüidistante das partes. Destarte, não pode a lei, validamente, extirpar à autoridade judicante os poderes de *dominus procesi*, no cumprimento do dever de buscar a verdade¹⁶.

Ainda mais se impõe a preocupação quando se sabe que o Processo Administrativo tem “caráter punitivo” e, como tal, não se satisfaz com a verdade presumida, exigindo à imposição da pena a comprovação da “verdade material” ou “real”.

Não se compreende, pois, que uma autoridade ou órgão judicante, como é o CADE, sem ter presidido à colheita da prova, venha proferir decisão com os graves consectários dela decorrentes. O método processual não se resume apenas na materialidade da seqüência de atos praticados no feito, mas, principalmente, no estabelecimento de uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre a autoridade judicante e as partes, cujo objetivo é obter a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular, a esse provimento, em caráter definitivo, todos os sujeitos da relação processual¹⁷. Os atos processuais são unidos por uma *unidade teleológica*, a prestação para-jurisdicional, a despeito da pluralidade de posições jurídicas¹⁸.

¹⁵ Cretella Júnior, J., “Comentários à Constituição Federal”, vol. VIII, Forense Universitária, RJ, 1993, p. 4026

¹⁶ Noronha, E. Magalhães, “Curso de Direito Processual Penal”, 6ª edição, Ed. Saraiva, SP, 1973, p. 98

¹⁷ Teodoro Jr., Humberto, “Processo de Conhecimento”, tomo I, Ed. Forense, RJ, 1993, pp. 54

¹⁸ Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, Dinamarco, Cândido Rangel, “Teoria Geral do Processo”, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1974, p. 253.

Assim, ofende as garantias individuais constitucionalmente consagradas a lei que estabelece, especialmente em matéria repressiva, tal dicotomia. Isto porque a instrução probatória se integra no próprio *iudicium causae*. Provar o fato típico implica em demonstrar a causalidade entre o resultado e a conduta que dele é *prius* e antecedente, pois de outra forma não se realiza a adequação típica. E de tal encargo somente pode desincumbir-se a autoridade judicante.

O processo de há muito deixou de ser considerado como simples procedimento adjetivo, mas antes, manifestação de um direito da pessoa humana¹⁹. Adotada a orientação publicística do processo, tornou-se inafastável o reconhecimento da ação como direito público subjetivo. Por conseqüência, os textos constitucionais passaram a discipliná-lo, impedindo que leis mal-elaboradas possam levar à sua desnaturação com conseqüente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar.

A cláusula *due process of law* não constituiu apenas uma garantia da pessoa, mas a tutela do próprio processo²⁰. Reconhece-o, expressamente, o § 3º do art. 10 da Portaria MJ nº 753/98.

Em resumo, demanda o princípio do Juízo Natural que “ninguém será processado *e* (e não *ou*) julgado senão pela autoridade competente”, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, tal como o verificado na atual sistemática, a ser, *de lege ferenda*, corrigida. Nesse ínterim, ainda que precariamente, pode o vício ser sanado por via regulamentar ou regimental (art. 51 da LDC), conferindo-se ao Conselheiro-Relator, do CADE, a atribuição de presidir a instrução, como aliás, alvisareiramente, já estabelece o art. 11 do Regimento Interno do CADE e se reconhece, expressamente, nas manifestações do Conselho²¹.

4. Partes e Intervenção de Terceiros

O processo penal-econômico se instaura com a propositura da ação. Não se cuida aqui de representação da vítima direta do abuso do poder econômico (art. 30 da Lei nº 8.884, de 11.06.94), posto que, tratando-se a ação

¹⁹ Bastos, Celso Ribeiro, “Comentários à Constituição Federal”, obra em co-autoria com Ives Gandra Martins, vol. 2, Ed. Saraiva, SP, 1995, p. 260

²⁰ Grinover, Ada Pellegrini, “Processo Constitucional em Marcha”, p. 8, item 2

²¹ Oliveira Filho, Gesner José de, Presidente do CADE, no voto vencedor que aprovou a Resolução nº 15/98, do CADE, assim se expressou: “(...)a noção do Relator (do CADE) como dominus procesi, consagrada no Regimento Interno aprovado por este Conselho em 31 de março deste ano (1998), (é) de resto, coerente com o ordenamento jurídico brasileiro”.

penal-econômica de ação pública, o *dominus litis* é a Procuradoria-Geral do CADE, processualmente substituída, na fase instrutória, pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, órgão do Ministério da Justiça (art. 14, incisos V e VI, do o Regimento Interno da SDE, aprovado pela Portaria nº 144, de 03.04.97, do Ministério da Justiça)²².

"Parte" é quem participa da relação processual, quem tem interesse jurídico e legitimidade (*legitimatío ad causam*) (art. 3º do Código de Processo Civil). De um lado, o DPDE, que, anormalmente substituindo a Procuradoria-Geral do CADE propõe a instauração de Processo Administrativo (art. 14, inciso VI, do Regimento Interno da SDE) em busca da pretensão para-jurisdicional, torna-se parte quando a relação processual se angulariza com a notificação do Representado (art. 33 da LDC) mediante despacho fundamentado (juízo de admissibilidade) do Secretário de Direito Econômico (art. 32 da LDC). A outra parte, portanto o Representado, quando notificado, enseja a instauração da instância.

Por seu turno, não é o Representante "parte" no processo penal-econômico, limitando-se sua atuação aos lindes do "informante", cujos pronunciamentos hão de ser oferecidos ao DPDE e/ou à Procuradoria-Geral do CADE, conforme o caso que os adotará ou não como próprios e, em o fazendo, requererá sua juntada aos autos se os considerar relevantes ao esclarecimento da matéria investigada (art. 24 da Portaria MJ nº 753/98).

Aliás, tal posicionamento é um imperativo à preservação dos princípios norteadores da concorrência, que se baseia na assimetria de informações entre os agentes econômicos e, em especial, os concorrentes. Pudessem o Representante ser parte no processo, teria ele acesso a todas as informações, ainda que confidenciais, de seus concorrentes ou empresas de seu interesse porventura constantes dos autos.

²² Assim se manifestou o DPDE no P.A. 28/92, sendo Representantes Centrinel S.A. e outros e Representada Cofap S.A. Cia. Fabricadora de Peças, fls. 1717: "No caso, seguindo-se forte corrente doutrinária de que as leis antitruste têm natureza penal, por aplicação analógica ter-se-ia que o Departamento de Proteção e Defesa Econômica/SDE é parte no processo, como dominus litis, ou dono da ação, cabendo-lhe iniciá-la de ofício ou por provocação art. 4º da Lei nº 8.158/91. Cabendo-lhe também, exercer a função de acusar, pois o processo administrativo é contraditório. Na ação penal, em sendo o Ministério Público o titular da ação, dela não pode renunciar, leva-la-á a termo com vistas ao atendimento do interesse público voltado à coletividade. Aqui, protegendo a concorrência, estará também, protegendo a coletividade". Despacho da CGTJ acolhido pelo Diretor do DPDE em 8.7.93, fls. 1818.

Embora eventualmente prejudicado pela ofensa à ordem econômica, não é o Representante "terceiro interessado" na relação processual entre o DPDE e o Representado, mesmo porque, para tanto, teria que ser dotado de legitimidade para pleitear a posição de assistente da acusação.

O terceiro legitimado é aquele que tem *interesse jurídico* no resultado da lide e não um mero interesse de fato ou econômico. Pacífica é a jurisprudência dos Tribunais e a doutrina no sentido de que não basta o simples interesse econômico para justificar a assistência e, portanto, a intervenção do terceiro²³. No mesmo sentido, a doutrina²⁴.

No dizer de CELSO NEVES²⁵, ao discutir a inadmissibilidade da assistência no processo antitruste nacional: "A *assistência*, tanto a simples como a listisconsorcial, em pressupostos específicos, sem cuja verificação é ela inadmissível. (...) (...) pressuposto da intervenção é, pois, no caso da assistência simples, a existência de algum interesse jurídico do assistente, suscetível de ser alcançado pelos efeitos constitutivos ou condenatórios da sentença, vale dizer, pela sua executividade, ou interior à própria sentença, ou exterior e complementar dessa (CPC, art. 50). No caso de assistência litisconsorcial, a viabilidade da intervenção há de decorrer da relação jurídica já configurada entre o assistente e o adversário do assistido (CPC, art. 54)".

E versando especificamente sobre o tema, conclui que:

"(...) no caso (...) nenhuma das hipóteses ocorre, porque o *thema decidendum* concerne(m) a uma relação de direito público, plano em que não se podem subjetivar interesses jurídicos de natureza privada".

De fato, em sede do Direito da Concorrência, o interesse de que se cogita é o da *Coletividade* (art. 1º, parágrafo único) da LDC, tendo por objeto jurídico a *Concorrência* e não o eventual concorrente ou outro agente econômico participante da cadeia produtiva. O interesse, público, daquela se sobrepõe ao destes.

²³ e.g. vide STJ-4ª Turma, REsp 9.548-0-SP, rel. Min. Fontes de Alencar, J. 1.12.92, não conheceram, v.u., DJU 26.4.93, p. 7.211, 2ª col., em.; RT 469/170, RJTJESP 96/258, RF 251/192, JTA 34/332, 111/404, RP 33/245, 47/287 etc.

²⁴ Marques, José Frederico, "Manual de Direito Processual Civil", vol. I, 2ª ed., Bo-okseller, SP, 1997, p. 269 e Miranda, Pontes de, "Comentários ao Código de Processo Civil", t. II, p. 56, dentre outros

²⁵ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1985, pp. 538 e segs.

Citando BAUMOL e ORDOVER (1985), a Conselheira LÚCIA HELENA SALGADO²⁶ bem enfatiza o escopo da Lei de Regência:

“(...) há um fantasma (...) que assombra nossas instituições antitruste. Sua ameaça é que, longe de servir como baluarte da competição, elas se tornarão instrumento nas mãos daqueles que querem subvertê-las.

Toda vez que um competidor se torna muito bem-sucedido ou muito eficiente, toda vez que sua competição ameace tornar-se tão efetiva a ponto de perturbar a vida mansa e tranqüila que seu rival lidera, o último estará tentado a processá-lo sob a alegação de que a competição é desleal. (...) É um mundo de cabeça para baixo no qual competição vigorosa parece anticompetitiva e ‘competição leal’ acaba por significar competição nenhuma”.

Tomando-se por base a legislação processual penal (dada a natureza repressiva dos processos contenciosos antitruste), tem-se por "assistente" o titular do bem jurídico lesado pelo delito²⁷, no caso, um único, a Coletividade. Como explica MANOEL PEDRO PIMENTEL²⁸: “(...) o prejudicado pelo delito nem sempre é sujeito passivo da infração, e que esta deve ser analisada em seus dados objetivos, quem é o ofendido no sentido legal e, portanto, quem tem o direito de ação privada - se se tratar de crime reservado à perseguição particular - ou quem tem direito de se habilitar como Assistente do Ministério Público se se tratar de crime de ação pública”

E continua: “O resultado de dano é estranho ao conceito jurídico de tais infrações, considerando-se ‘ofensa’ a simples colocação em perigo de um bem ou um interesse da coletividade. O ‘dano’ efetivamente causado por esses delitos é um *plus*, levado em conta *quod poenam*, funcionando como circunstância agravante. Vale dizer, portanto, que nos crimes de perigo comum o ‘ofendido’ não é aquele que sofreu o ‘dano’ material eventualmente ocorrido, mas o Estado, titular do bem jurídico ‘incolumidade pública’, pela simples exposição a perigo de tal bem”.

Concluindo: “(...) não se confundem, também, as figuras do 'ofendido' e do 'prejudicado' pelo delito, sendo certo que somente o primeiro tem legítimo interesse para habilitar-se como Assistente do Ministério Público.”

²⁶ Silva, Lúcia Helena Salgado e, “A Economia Política da Ação Antitruste”, Singular, SP, 1997, p. 18

²⁷ Noronha, E. Magalhães, "Curso de Direito Processual Penal", Ed. Saraiva, SP, 1971, p. 137

²⁸ Pimentel, Manoel Pedro, "A Figura do Assistente do Ministério Público no Direito Processual Brasileiro", *Revista Interamericana de Direito Processual Penal*, vols. 1/2, p. 24.

Em resumo, representa o Representante um "prejudicado", sem interesse jurídico. Assim o define o art. 29 da LDC que, sem reconhecer-lhe, acertadamente, a condição de parte do processo penal-econômico, não deixa de consagrar-lhe o direito de ação junto ao Poder Judiciário (não ao CADE), em ação autônoma individual, na defesa de seus interesses privados, comerciais e/ou pecuniários (que, assim, se distinguem dos direitos públicos de que é titular a Coletividade). Sua causa de pedir encontra fundamento no art. 159 do Código Civil e não na legislação da concorrência.

Assim já se manifestou o Poder Judiciário, repelindo a figura do assistente no processo antitruste²⁹: "A vítima direta de abuso do poder econômico carece de legítimo interesse jurídico para ingressar em ação anulatória do CADE como assistente do Ministério Público. Impõe-se a solução, máxime porque o sujeito passivo do delito econômico é o mercado, o povo, e não o particular diretamente atingido pela conduta ilícita".

5 - Da Representação de Má-Fé

O economista MATTOS³⁰ analisou, sob o prisma da teoria dos jogos, os potenciais incentivos à conduta anticompetitiva decorrentes do Compromisso de Cessação de Prática (CCP). O modelo, desenvolvido de maneira objetiva e competente pelo autor, permitiu-lhe concluir que "caso o CCP se torne prática recorrente, o mesmo poderá gerar um forte incentivo à infração *ex-ante*. O CCP seria visto como uma perspectiva de perdão que toma lucrativa a prática infratora."

A premissa do autor é de que as empresas agirão de forma racional, visando maximizar os benefícios da inflação, comparando-os com os custos - financeiros e de reputação - decorrentes de uma eventual condenação, e a probabilidade de vir a ser celebrado com o CADE um compromisso de cessação.

Há que se analisar o outro lado da moeda: as vantagens, para o Representante, da denúncia de prática anticompetitiva infundada ou de má-fé e os prejuízos para a sociedade dela decorrentes.

De fato, a literatura tem chamado atenção para a má utilização e tentativas de desvio de finalidade dos instrumentos postos à disposição da sociedade para a defesa da concorrência. No que tange os princípios para apuração

²⁹ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1985, ementa nº 327, p. 293

³⁰ Pereira, Edgard Antônio, Silva, Eleni Lagroteria da, e Franceschini, José Inácio Gonzaga, "Denúncia de práticas anticompetitivas", *Revista de Direito Econômico*, vol. 26, pp. 47 e seguintes.

de infrações, não impedem eles o mau uso (ou abuso) das autoridades públicas, sejam elas judiciais ou administrativas, para fins anticoncorrenciais.

Em verdade, não é incomum verificar-se a formulação de representações perante o CADE com o objetivo de tão-somente afastar a concorrência prejudicando o concorrente, acarretando-lhe pesado ônus processual, bem como sujeitando-o à execração e alarde públicos³¹.

Tais recursos predatórios, quando repercutirem no mercado, merecem imediato repúdio e a rejeição liminar da denúncia, sujeitando-se o Representante, neste caso, sim, a Processo Administrativo por eventual infração à ordem econômica pela criação de dificuldades, sem prejuízo de possível configuração de denúncia caluniosa.

Os efeitos da apresentação de denúncia de prática anticompetitiva são expressivos e assimétricos para denunciante e denunciado. Em recente estudo, BIZJAK e COLES (1995) analisam, de um universo de 1959 casos de denúncia de prática anticompetitiva apresentados em cinco distritos americanos (Atlanta, Chicago, Kansas City, New York e San Francisco), o subconjunto daqueles em que as empresas - denunciante e denunciada - tem cotação nas Bolsas NYSE e AMEX.

Os autores avaliam as perdas e ganhos, em termos de alterações do valor de mercado das companhias envolvidas, e, apoiados em extensos estudos econométricos, concluem que as empresas denunciante começam a perceber ganhos a partir do momento em que entram com a Representação e sustentam que existem significativos efeitos positivos no valor de mercado das empresas denunciante acompanhado de importantes perdas para as empresas denunciadas.³²

Além de fonte de ganho econômico para o denunciante, a denúncia de prática anticompetitiva pode, em verdade, ser uma resposta, talvez a mais simples e menos onerosa para o denunciante, ao acirramento da concorrência no mercado. Tal possibilidade foi analisada por CHARLES RULE, então Procurador Geral Assistente da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, na Reunião Anual da American Bar Association de 1988.

Avaliando as repercussões da entrada em vigor do Acordo de Livre Comércio entre Estados Unidos e Canadá e o aumento da pressão competitiva

³¹ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "Introdução ao Direito da Concorrência", *Revista de Direito Econômico*, nº 21, p. 27

³² "A perda média de valor para as denunciadas é de aproximadamente 0,6% do valor das ações da firma ou uma perda média de US\$ 4 Milhões. ...O ganho médio da denunciante é de aproximadamente 1,2% do valor das suas ações, ou o equivalente a uma média de US\$ 3 milhões." Bizjak e Coles (1995), op. cit., p. 437. Tradução livre

sobre as empresas americanas e canadenses dele decorrentes, RULE (1988) sustenta que "face à perspectiva de aumento da competição e impossibilidade de conseguir novas barreiras tarifárias e comerciais, algumas firmas americanas e canadenses provavelmente virão chorar junto às autoridades antitruste ou às cortes. Esses competidores desapontados provavelmente reclamarão que a pressão competitiva que estão sofrendo é resultado de 'comportamento estratégico' desleal, 'preços predatórios' ou - um lema ouvido muito freqüentemente hoje em dia - 'elevação de custos dos rivais', destinada a retirá-los do negócio ou impedir sua entrada."

Desnecessário assinalar quão similar pode ser esta situação com a atualmente vivida pela economia brasileira, motivada pela abertura às importações.

Perguntando-se sobre o que devem as autoridades fazer face a essas reclamações, RULE é taxativo: nada.

O CADE, entretanto, é obrigado a acolher e julgar todas as representações que lhes sejam apresentadas, mesmo que, à primeira vista, pareçam improcedentes. Além dos condicionantes legais, a própria insipiência da cultura da concorrência na sociedade brasileira faz com que uma das tarefas primordiais do Conselho seja, justamente, difundir essa cultura e incentivar a utilização dos instrumentos legais disponíveis. Entretanto, cabe ao CADE ser, ao mesmo tempo, agente educador nesse processo de aprendizado. Por isso, é importante que o Conselho desestimule a apresentação de Representações descabidas e incentive a formulação de denúncias consistentes e bem fundamentadas, até mesmo como recurso didático, no curso da consolidação do aparato institucional da defesa da concorrência.

A maneira e os mecanismos pelos quais esse objetivo será alcançado somente a prática e o bom senso poderão definir.

A equação jurídica é encontrada no velho brocardo: *Ubi urbi, ibi jus* (onde quer que exista uma sociedade humana, sempre haverá o Direito).

Ao fato jurídico de que trata o brocardo corresponde a norma, a tutela do Direito: "a todo direito corresponde uma ação que o assegura" (Código Civil, art. 75). Dir-se-á³³, que a ação é parte constitutiva do direito subjetivo, pois que é o próprio direito em atitude defensiva. A ação, tecido tegumentar do direito, protege a parte nuclear do interesse, desdobrando-se em ação no sentido processual, de *jus persequendi in judicio quod nobis debetur*,

Por outro lado, o direito de petição aos Poderes Públicos (art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal) é uma garantia fundamental do indivíduo. Não é ele porém irrestrito, delimitando-o a Carta Magna à "defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso do poder".

³³ Beviláqua, Clóvis, "Código Civil", vol. 1, ed. 1916, p. 323

Empregado em desconformidade com a finalidade social da Lei e as exigências do bem comum, transmuta-se em abuso, mais precisamente, em "abuso de direito". Já o reconheciam tanto o Direito Romano, este embora precariamente (*summum ius, summa iniuria*), como o Canônico, que consagrou a doutrina da *aemulatio*, ambos reconhecendo a possibilidade de o direito ser exercido abusivamente.

Contrapõem-se dois conceitos, apenas aparentemente antinômicos: *qui jure suo utitur neminem laedit* e *de outro malitiis non est indulgendum*. No Direito da Concorrência, diante do conflito, há de prevalecer o interesse da Coletividade, titular do bem jurídico protegido (art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994).

Com efeito, demanda o Direito Positivo, ex vi do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que a Lei seja aplicada de forma a atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O exercício normal de um direito não constitui qualquer coação (art. 100 do Código Civil), mas o uso egoístico do direito, contrário ao interesse social, encontra repúdio e remédio na norma, dado que aquele que, por ação, voluntária ou culposa, causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano (art. 159 do Código Civil).

O Direito³⁴ é um meio para a realização da paz social e não um instrumento de satisfação de interesses puramente individuais.

O exercício anormal do direito encontra, *de lege lata*, resposta explícita no Direito alemão, cujo Código Civil, art. 226 reza: "o exercício de um direito não é permitido quando tem por fim único causar prejuízo a outrem". À norma escrita do Direito tedesco corresponde a pacífica doutrina e jurisprudência nacionais, unicamente dividida no tocante à necessidade ou não do elemento subjetivo ao reconhecimento da figura. Alheio ao tormentoso debate, contenta-se para as finalidades exclusivas do presente trabalho, com a demanda do dolo, posto que, neste pormenor, a doutrina é virtualmente pacífica: todo aquele que, de má-fé, move representação contra outrem, por pretensa ofensa à ordem econômica comete "abuso de direito".

O fenômeno não é nacional, consagrando-o, *mutatis mutandis*, o Direito Antitruste norte-americano, na análise casuística de *Eastern Railroad Conference vs. Noerr Motor Freight*³⁵. Com respaldo no direito constitucional de petição previsto na Primeira Emenda à constituição norte-americana, remembra HOVENKAMP³⁶ que o direito de petição ao Estado também inclui o

³⁴ Barreto, Tobias, "Estudos de Direito", 1951, p. 105

³⁵ 365 U.S. 127, 81 S.Ct. 523 (1961)

³⁶ Hovenkamp, Herbert, "Federal Antitrust Policy - The Law of competition and Its Practice", ed. 1964, p. 636. No texto original inglês: "the right to petition the govern-

direito de ajuizar uma ação ou de formular uma representação perante uma agência com competência quase-judicial.

Recorda-se, contudo, que esse direito, em matéria concorrencial (como em outras), não é irrestrito, registrando o mestre, exemplificativamente, o caso *Walker Process Equipment vs. Food Machinery & Chemical Corp.*³⁷, em que a Corte Suprema norte-americana decidiu que o ajuizamento em má-fé de uma ação civil pode configurar uma violação à legislação antitruste"³⁸. Assim tanto neste caso, como em *California Motor Transport Co. vs. Trucking Unlimited*³⁹, se sugere que o exercício do direito de petição em má-fé não estava amparado pela imunidade conferida pela doutrina Noerr⁴⁰.

De fato, a jurisprudência (*case law*) antitruste norte-americana estabeleceu, em princípio, quatro hipóteses de exceção à imunidade constitucional Prevista em Noerr: (a) declarações falsas (*misrepresentations*) por parte do autor ou representante; (b) conspiração entre o representante e o funcionário público encarregado (*co-conspiracy*); (c) suborno (*bribery*) e (d) emulação (*sham petitioning*).

No caso brasileiro, é bem verdade que o art. 83 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1997, remete à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, permitindo ao hermenêuta haurir os ensinamentos e parâmetros extensivos do art. 17 desse diploma instrumental civil básico. Afirma-se desde logo, para se evitar controvérsias de outra ordem, que é este preceito, como tal, no tocante às relações processuais *entre o Representante e o Representado*, inaplicável ao processo penal-econômico destinado à apuração das condutas anticoncorrenciais e sua repressão (embora o seja nas relações entre o DPDE e o Representado), uma vez não ser o Representante parte ou interveniente (mas mero informante) no "Processo Administrativo".

De qualquer modo, descreve, com precisão, as hipóteses em que uma representação possa ser formulada de má-fé, ou seja, quando o Representante:

a) deduzir pretensão contra texto expresso da Lei nº 8.884 de 1994;

b) alterar a verdade dos fatos em sua qualidade como informante;

ment also includes the right to file a lawsuit or to bring a complaint before an agency acting in quasi-judicial capacity".

³⁷ 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347 (1965).

³⁸ No original inglês: "the Supreme Court held that the wrongful filing of a civil suit could constitute an antitrust violation".

³⁹ 404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609 (1972).

⁴⁰ Hovenkamp, opus cit., p. 637

c) usar do processo penal-econômico para conseguir (ainda que não colime seus propósitos) objetivo ilegal, ou seja, quaisquer dos efeitos previstos no art. 20 da Lei da Concorrência, constituindo a representação, neste caso, nítida hipótese (dentre outros delitos-meio possíveis) de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (inciso V do art. 21 do mesmo diploma);

d) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo penal-econômico; ou

e) provocar incidentes manifestamente infundados.

Neste ponto, cumpre ter em mente⁴¹ que a regra jurídica não é de interpretar-se por analogia, nem cabe recorrer-se a princípios gerais de direito. O que se deve é explicitar cada um dos conceitos acima, cabendo à Justiça verificar se o caso em exame entra em algum desses conceitos. O que primeiro se observa é que, como já dito, não se anuiu em se ser indiferente ao elemento subjetivo, se bem que não o ponha em relação causal. Não se exige que tenha sido causa das perdas e danos sofridos pelo Representado; basta que tenha havido o fundamento no processo, em sua origem. Origem do processo, e não dos danos. O elemento subjetivo pode ser, apenas, causa remota.

Quem demanda pede justiça. Se, em vez de ser essa urgência de prestação para-jurisdicional o que conduz o Representante ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas algum daqueles motivos arrolados no art. 17 do diploma processual civil básico, está-se diante do abuso do direito, no campo processual penal-econômico.

A Representação de má-fé, *de lege ferenda* a ser consagrada no Estatuto Concorrencial, acarreta, forçosamente um dano tanto ao Estado como, com maior intensidade, à Coletividade e ao Representado, um dano injusto, em contrariedade às finalidades sociais da norma jurídica. Sofre, com ela, o Representado não apenas danos materiais, como também morais, ambos passíveis de reparação mediante ação própria.

Confirma essa necessidade a jurisprudência do CADE⁴².

⁴¹ Miranda, Pontes de, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo I, p. 387

⁴² Cf. voto do Conselheiro Antônio Carlos Fonseca, quando do julgamento do P.A. nº 3/91, em 18 de junho de 1997, no seguinte sentido: “Tenho afirmado que a justiça

Acarretando dano ao Estado e ao Representado, a representação de má-fé caracteriza-se como ato ilícito (art. 159 do Código Civil), por ferir a ordem jurídica. Não se trata, portanto, de qualquer aplicação subsidiária do principal processual civil da sucumbência. Mesmo porque, não sendo o Representante parte no processo penal-econômico, lhe é estranho o conceito. O abuso no direito de representação, porém, acarreta, inarredavelmente, a responsabilidade patrimonial pela reparação do dano.

Diversas são as possibilidades e motivações para a representação de má-fé. A distinção dentre estas não é inócua. A representação de má-fé pode ser formulada por um concorrente do Representado, como por outro terceiro interessado.

A experiência demonstra, com certa freqüência, representações formuladas por motivos meramente comerciais, políticos, eleitoreiros ou "carreiristas", muitas vezes em pretensa "defesa" de setores ou segmentos, mas em geral com finalidades espúrias (e.g. como forma de pressão para a obtenção de "acordos" financeiros ou vantagens politigueiras ou mercantis), diversas da motivação concorrencial etc. Contribuem, igualmente, intuits menos vis, como ideológicos, pessoais ou de simples perseguição, em geral contra indústrias ou segmentos chamados "de *griffe*", sempre com resultados detrimen-tosos para os interesses da Coletividade. Nestes casos, a representação de má-fé gera, sob o prisma civil, a obrigação de ressarcimento pecuniário, tão-somente.

Também comuns são as representações inidôneas apresentadas entre agentes nas relações de mercado, seja no plano horizontal (concorrente contra concorrente), seja no vertical (fornecedores-fabricantes/prestadores de serviços-clientes). Nestes casos, o dolo anticoncorrencial leva à necessidade suplementar de instauração do competente "Processo Administrativo" dado a decorrente limitação, falseamento e/ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa (art. 20, inciso I, c/c art. 21, inciso V, da Lei nº 8.884/94), com vistas à imposição da multa e das penas acessórias contempladas nos arts. 23 e 24 do mesmo diploma. Não se trata, nesta hipótese, de "reconvenção", conceito estranho ao processo penal-econômico, a despeito da subsidiariedade do Código de Processo Civil.

Por fim, notadamente em face da natureza penal-econômica do Direito da Concorrência, a representação de má-fé pode ter repercussões no Direito Penal Comum, tais como a eventual tipificação de crimes contra a honra ou a administração da Justiça.

antitruste é cara porque tem que ser bem aplicada, resguardando a imagem do agente que não deve ser afetada a não ser na presença de veementes indícios de inflação".

Em qualquer hipótese, presentes hão de estar os elementos constitutivos do abuso de direito:

a) o uso de um direito (*in casu*, o direito de representação ou de instauração *ex officio* de procedimento ou processo persecutório penal-econômico por alegada ofensa à ordem econômica);

b) o dano a um interesse não protegido *prima facie* por uma prerrogativa jurídica específica (como o é o do agente econômico surpreendido pela representação de má-fé); e

c) a imoralidade ou a contrariedade ao interesse da Coletividade desse dano, manifestada em forma subjetiva (quando o exercício do direito visa apenas prejudicar ou, em outras palavras, não desfrute de um fim legítimo).

A chamada "cultura da concorrência", interesse legítimo da Coletividade, representa um *bem jurídico protegido*, e não um bem "interesseiro", a serviço de interesses individuais.

A utilização ilícita da legislação de defesa da concorrência como instrumento de disputa comercial ou com finalidades anticompetitivas é um mal que deve ser combatido, a fim de se preservar os objetivos da Lei em sua essência, otimizando o uso dos recursos públicos empregados na execução da Lei.

O enquadramento jurídico do tema pode ser assim resumido⁴³:

a) o exercício abusivo do direito de representação fere frontalmente o ordenamento jurídico concorrencial, ainda que aparentemente conforme a lei, caracteriza-se aí como um ato ilícito;

b) por ser ilícito, o ato abusivo gera a responsabilidade do Representante ao ressarcimento dos danos que injustamente tenha causado à Coletividade, ao Representado, ao Estado e a terceiros; e

⁴³ Levada, Cláudio Antônio Soares, "Anotações sobre o Abuso de Direito", *Revista dos Tribunais*, vol. 667, pp. 49/50

c) a configuração do abuso de direito dependerá da análise judicial, em cada caso concreto, de haver o ato sido praticado em desconformidade com a finalidade social da lei e às exigências do bem comum.

6. Sigilo

Os atos processuais no Processo Administrativo são públicos (art. 155 do Código de Processo Civil), mesmo porque pauta-se a Administração Pública pelo princípio da *publicidade* (art. 37 da Constituição Federal). O próprio diploma processual civil básico, porém, estabelece ressalvas, quando, por exemplo, assim exigir o interesse público (art. 155, inciso I, do Código de Processo Civil).

Ocorre que o princípio constitucional da publicidade não tem maior hierarquia que a garantia também maior da preservação da intimidade das empresas, de sua escrituração (art. 17 do Código Comercial), de seus segredos de indústria (art. 5º, inciso XXIX, da Carta Magna) e de negócio, cuja violação, aliás, a lei qualifica como crime de concorrência desleal. Certamente não cabe às autoridades encarregadas da defesa da concorrência atribuir vantagens competitivas a concorrentes ou outros agentes econômicos revelando-lhes segredos de outras empresas, mesmo porque não é incomum que empresas formulem representações ou pleitos de má-fé, visando tão-somente o acesso a informações estratégicas.

O princípio da publicidade abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes⁴⁴ e representa exigência de executoriedade do ato administrativo⁴⁵.

Logo, o princípio da publicidade é dirigido à Administração e não aos Administrados e, sendo genérico, comporta adaptações. É ele realizado pela comunicação dos atos públicos e não pela divulgação das informações contidas nos Processos Administrativos. Assim, não existe qualquer conflito entre os princípios constitucionais da publicidade e da confidencialidade das informações prestadas em Processos Administrativos.

Ao se considerar a adaptação entre a publicidade e a confidencialidade, tem-se que levar em conta os fins sociais das normas e a exigência do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). A confidenciali-

⁴⁴ Meirelles, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1988, p. 83

⁴⁵ Silva, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 564

dade é efetivamente um fim social e uma exigência do bem comum, pois somente com tal possibilidade de sigilo os agentes econômicos têm condições efetivas de investir em seus negócios e, dentro da lógica do capitalismo, com isso crescer e apurar vantagens a serem distribuídas a seus sócios e/ou investidores. Os segredos de cada negócio constituem as armas que os empresários têm na luta pela sobrevivência econômica; a eventual divulgação desses segredos será um fator de eliminação da concorrência, razão pela qual a Lei lhe confere proteção penal (art. 195 e respectivos incisos XI e XII da Lei nº 9279/96).

A assimetria de informações é fundamental à concorrência: a divulgação de matéria sigilosa pela Administração Pública encarregada da defesa da concorrência modifica a normal relação da competição e resulta em petição de princípios e em concorrência desleal. Não é por outra razão que a Lei restringe o acesso do Representante aos autos (art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal e arts. 7º, § 1º, e 14, parágrafo único, da Portaria MJ nº 753/98), reconhecendo o direito de consulta aos autos e de pedir certidões somente às partes (DPDE e Representado) e seus procuradores, sendo vedada a vista ao Representante por faltar-lhe interesse jurídico.

Há que se registrar, mais, que os atos de concorrência desleal não são praticáveis apenas por concorrentes, industriais ou comerciais, mas podem ser praticados por quaisquer pessoas, não se excluindo os que tomam conhecimento das informações divulgadas em decorrência de exercício de cargo ou função pública ou exercício profissional ⁴⁶. Recorde-se, mais, que a divulgação, sem justa causa, do conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que se é destinatário ou detentor, revelação esta que possa produzir dano ao Representado é conduta penalmente punível (art. 153 do Código Penal).

A confidencialidade é garantidora da livre e leal concorrência entre os agentes econômicos, e, assim, da livre iniciativa. Sua violação, inclusive por quem tome conhecimento dos atos confidenciais em decorrência de exercício de cargo ou função pública, faz o órgão público e seus agentes incorrer em conduta infrativa e, até mesmo, em eventual crime de concorrência desleal.

No plano normativo, a confidencialidade tem-se revelado uma preocupação tanto do legislador, como do aplicador. É ela garantida, em toda sua plenitude, em sede de “procedimentos administrativos” e de averiguações preliminares (art. 30 da LDC e art. arts. 6º e 7º da Portaria MJ nº 753/98), seja

⁴⁶ Delmanto, Celso, "Crimes de Concorrência Desleal", USP, 1975, p. 24; Miranda, Pontes de, "Tratado de Direito Privado", tomo XVII, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1984, p. 304

para proteção do Representado inocente, seja para garantir a elucidação dos fatos ou na medida do exigido pelo interesse da sociedade (art. 20 do Código de Processo Penal). Não obstante o princípio da publicidade dos atos processuais e administrativos, não deixou de ter sua importância reconhecida na fase de conhecimento do Processo Administrativo, exigindo a Lei a preservação do sigilo legal (art. 35 da LDC). Já Portaria nº 5, de 25.09.96, da SDE, art. 9º, estabelece que o sigilo deve ser objeto de “pedido específico e legalmente fundamentado”, o que, à toda evidência, é uma exigência ilegal e ofensiva ao bem comum.

Sua observância é também demanda do Plenário do CADE (art. 7º, inciso IX, da LDC), embora, à exemplo da referida Portaria nº 5/SDE, faça o art. 12 da Resolução nº 5, de 28.08.96, do Conselho, menção ao despropositado “pedido específico e fundamentado”. A Lei garante aos segredos comerciais, notadamente os de indústrias e de negócio, *ipso facto*, a natureza sigilosa.

Logo, não há discricionariedade da Administração Pública, mas o dever legal de preservação do segredo, sob pena de responsabilidade, independentemente de qualquer pedido ou fundamentação, no tocante às seguintes matérias: (a) as matérias de interesse público ou familiar (art. 155, incisos I e II, do Código de Processo Civil), (b) a escrituração do Representado (art. 17 do Código Comercial), (c) os segredos de indústria e de negócio (art. 195 e seus incisos XI e XII da Lei nº 9279/96) e (d) demais informações cujo sigilo seja previsto em Lei. A relação não configura *numerus clausus*, aplicando-se, neste caso (mas apenas neste caso), para outros assuntos, o disposto na Portaria nº 5/SDE e na Resolução nº 5/CADE.

A temática do sigilo, em realidade, é uma constante preocupação das autoridades encarregadas da preservação da livre concorrência em todo o mundo. No âmbito da Comunidade Européia, as informações obtidas pela Comissão somente podem ser usadas para a finalidade para a qual foi obtida, exigindo-se absoluto respeito à confidencialidade da informação. A obrigação de não usar a informação para qualquer outro propósito se estende às autoridades competentes dos Estados Membros, bem como às da Comissão e a terceiros, tais como os representantes⁴⁷.

⁴⁷ Bellamy e Chield, "Common Market Law of Competition, 4ª ed., 1993, ed. Sweet & Maxwell, Londres, p. 719, item 12-017, assim se expressam: "Confidentiality. Information obtained by the Commission under Articles 11 and 14 of Regulation 17 may be used only for the purpose for which it was obtained and the confidentiality of the information must be respected. The Commission may never disclose 'business secrets' to a competitor or anyone else". E complementa às pp. 738/739, item 12-046: "Confidentiality. The position on confidentiality may be summarised as follows: (1) By virtue of Article 20(1) of Regulation 17 information acquired as a result of inquir-

Não destoa o Direito norte-americano, que admite a extração de cópias do material documental constante dos autos apenas para uso oficial, não se admitindo seu exame por qualquer terceiro, salvo com o consentimento de quem houver entregue o documento às autoridades⁴⁸.

7.Representação e Procedimento Administrativo Preliminar

A persecução penal-econômica tem início com a notícia da ocorrência de acontecimento enquadrável numa das figuras que a lei define e estrutura como infrativa da ordem econômica (art. 20 da Lei de Defesa da Concorrência – LDC e art. 2º da Portaria MJ nº 753/98). Pode ela ser *espontânea*,

ies and investigations by the Commission may be used only for the purpose of the relevant request or investigation. The obligation not to use the information for any other purpose extends to the competent authorities of Member States as well as to the Commission and other parties such as complainant; (2) By virtue of Article 20(2) of Regulation 17 the Commission and the competent authorities of the Member States, their officials and servants, must not disclose information acquired by them as a result of the application of Regulation and of the 'kind covered by the obligation of professional secrecy'. The concept of 'professional secrecy' has not been judicially defined in Community law but probably extends to all documents and information that come to the knowledge of the Commission and its services in the exercise of their functions other than information already in the public domain. The obligation of professional secrecy thus includes, but extends beyond, the protection of 'business secrets'".

⁴⁸ Sullivan, Lawrence A., "Antitrust", ed. 1977, West Publishing Co., p. 845, ao comentar o Antitrust Civil Process Act. registra: "§ 1313. Antitrust document custodian - Designation; deputy custodians. (a) The Assistant Attorney General in charge of the Antitrust Division of the Department of Justice shall designate an antitrust investigator to serve as antitrust document custodian, and such additional antitrust investigators as he shall determine from time to time to be necessary to serve as deputies to such officer. (...)(c) The custodian to whom any documentary material is so delivered shall take physical possession thereof, and shall be responsible for the use made thereof and for the return thereof pursuant to this chapter. The custodian may cause the preparation of such copies of such documentary material as may be required for official use under regulations which shall be promulgated by the Attorney General. While in the possession of the custodian, no material so produced shall be available for examination, without the consent of the person who produced such material, by any individual other than a duly authorized officer, member, or employee of the Department of Justice. Under such reasonable terms and conditions as the Attorney General shall prescribe, documentary material while in the possession of the custodian shall be available for examination by the person who produced such material or any duly authorized representative of such person".

quando se dá cognição imediata ou comunicação não formal (e.g. a *vox populi*, as informações da imprensa, a investigação e estudos do próprio órgão, a matéria surgida no decurso de outro feito etc.), atuando a autoridade *ex officio* (art. 14, incisos III e VI, da LDC), ou provocada, quando alguém a leva ao conhecimento das autoridades, através de representação (art. 30 da LDC). Merece aprimoramento, aliás, o Regimento Interno da SDE, que utiliza como sinônimas as expressões "representação" e "denúncia" (art. 12, inciso I, do Regimento), termo este que, nesse inciso, é utilizado em seu sentido leigo, tal como a palavra «queixa» (peça popularmente usada para definir o requerimento de abertura de inquérito policial).

Esta ação, no entanto, é, quando ausente qualquer *fumus boni iuris* da pretensão punitiva, precedida de uma fase de pesquisas, cognominada "procedimento administrativo" preliminar, instituto este sucessor da antiga "sindicância" regulamentada pelo art. 9º do revogado Decreto nº 92.323/86 - Regulamento da antiga Lei Anti-truste, Lei nº 4.137/62), em que se colhem os dados necessários em busca da definição da existência ou não de real motivo à instauração de Processo Administrativo.

O procedimento somente se justifica na presença de indícios *prima facie* de infração à ordem econômica, porém precários e ainda insuficientes até mesmo para a abertura de averiguações preliminares (art. 30 da Lei nº 8.884/94). Nestes estágios, desenvolve-se atividade preparatória, de caráter preliminar e informativa, enquanto que consiste a ação penal-econômica no pedido de julgamento da pretensão punitiva. Esta surge para o Estado com a prática de infração à ordem econômica e representa a exigência de que o *jus puniendi* no caso prevaleça sobre o exercício da liberdade econômica do acusado, com a sujeição deste à pena cabível na espécie⁴⁹.

Exige a LDC (art. 30) que a representação seja escrita e devidamente fundamentada devendo, no mínimo, conter a exposição do fato argüido como caracterizador de infração à ordem econômica e identificar o Representante e o acoimado infrator. Representações apócrifas ou anônimas são inaceitáveis, mesmo porque, embora livre dos riscos da sucumbência, inaplicável na espécie, responde o Representante, civil e criminalmente pela Representação de má-fé e pela denúncia caluniosa.

Embora prevalecendo o principio da forma escrita, recomendável seria que futura legislação fizesse concessão à oralidade. Assim, exemplificativamente, poderia o DPDE, ao qual compete propor a instauração de averiguação preliminar e processos administrativos relativos ao abuso do poder econômico e à defesa da concorrência (Regimento Interno da SDE, art. 14, inciso

⁴⁹ Marques, José Frederico, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. I, Ed. Forense, RJ, 1961, p. 130

VI), ser admitida a receber delações verbais, a exemplo das reclamações feitas à Justiça do Trabalho, de forma a se permitir que pessoas naturais ou jurídicas desprovidas de maior assistência possam adequadamente expor a lume argüidos abusos do poder econômico. As reclamações assim formuladas, reduzidas a termo pelo DPDE, poderiam engendrar a iniciativa *ex officio* do Departamento.

De qualquer modo, diante da *notícia* da prática de abuso do poder econômico, e recebendo o requerimento, a Inspetoria-Geral da SDE, com base no art. 12, inciso I, do Regimento Interno, instaurará "procedimento administrativo", tendo por objeto a avaliação prévia das circunstâncias de fato e de direito referentes aos atos e sucessos apresentados como constitutivos do alegado abuso.

Tratam-se de procedimentos investigatórios, que não se confundem com a instrução processual. Busca a obtenção de dados para que o DPDE, substituindo a Procuradoria do CADE, na qualidade de órgão da acusação, verifique se deve ou não propor a ação penal-econômica e não uma colheita de provas tendentes a corporificar a formação da culpa ou a legitimidade do direito de defesa. O "procedimento administrativo", tal qual as sindicâncias, é a forma por excelência da investigação.⁵⁰

Exatamente por se tratar de trâmite pré-processual, não foi incluído entre os procedimentos (processuais) arrolados no art. Título VI da LDC, estes componentes do *processo penal-econômico* propriamente dito.

A Lei nº 8.884/94 não a contemplou - e nem precisava fazê-lo. A investigação preliminar é instituição indispensável à justiça penal-econômica, sendo seu primeiro mérito proteger o inculcado. Dá à defesa a faculdade de dissipar suspeitas, combater indícios, explicar os fatos e destruir prevenções no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente precipitações e inverdades e de evitar a sempre prejudicial e por vezes escandalosa publicidade de julgamentos indevidos. Por outro lado, é meio de caracterização precisa dos eventos e um crisol decantador da moralidade das ações. A eles, obliquamente, se referem os arts. 1º e 2º da Portaria MJ nº 753/98.

Trata-se de instrumento de desenganado valor e utilidade, por sua rapidez, objetividade e precisão. Não se reveste, porém, de caráter obrigatório, por não prevista na Lei nº 8.884/94. Assim, dispensável: (a) quando se trate de representação de Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas (art. 30, § 2º, da LDC), (b) quando presentes indícios (no sentido do art. 239 do Código de Processo Penal) de infração à ordem econômica (arts. 14, inciso III, e 30, da LDC) ou, obviamente, quando flagrante, fundamentada e

⁵⁰ Marques, José Frederico, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. I, Ed. Forense, RJ, 1961, p. 142

comprovada, *ab initio*, a tipicidade do abuso do poder econômico ou, ainda, (c) quando, também, evidentemente, mas ao reverso, seja atípica a conduta acoimada de violadora da Lei do CADE ou óbvia a incompetência do órgão em relação à proposta da lide. Inaplicável, porém, a rejeição liminar e imprescindível a instauração de "procedimento administrativo", nos casos de mera insuficiência da representação.

Na primeira hipótese (representação de Comissão do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas), trata-se de comando legal coativo que determina a imediata instauração do processo administrativo (não sem que antes tenha o DPDE, embora sem possibilidade de recusa, sobre ela se manifestado, quer adotando suas conclusões, quer aditando-a, de modo a assumir a posição de *dominus litis* por via de denúncia). Na segunda (na presença de indícios de infração à ordem econômica ou de tipicidade e autoria evidentes), basta à Inspeção-Geral, mediante despacho sumário, propor ao Secretário de Direito Econômico a instauração de averiguação preliminar (art. 12, inciso VII, do Regimento Interno da SDE) ou o encaminhamento do feito ao DPDE, para que esta, desde logo, requeira a instauração da ação penal-econômica, com lastro nos elementos vestibularmente trazidos à colação (art. 14, inciso VI, do Regimento Interno da SDE). Na última (atipicidade ou incompetência flagrantes), rejeitando o DPDE, *in limine*, a representação, segue-se o arquivamento definitivo dos autos, mediante despacho do Secretário de Direito Econômico. Nesta hipótese, o despacho de arquivamento não se sujeita a recurso de ofício ao CADE (à minguia de previsão legal), nem a recurso hierárquico ao Ministro da Justiça (art. 41 da LDC). *Ex vi* do mesmo preceito legal, por outro lado, a decisão do Secretário de Direito Econômico de abertura de averiguação preliminar ou de encaminhamento dos autos ao DPDE para a propositura da ação penal-econômica também é imune a qualquer recurso administrativo.

Não há confundir o "procedimento administrativo" acolhido pela *praxis* da Inspeção-Geral com a *sindicância administrativa*, meio sumário de que se utiliza a Administração Pública para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público (J. Cretella Jr., «Tratado de Direito Administrativo», vol. VI., p. 153). De fato, não só diversos seus objetivos e destinatários, como também suas características. Assim, por exemplo, sem um indiciado, seria inconcebível o "procedimento administrativo" perante a Inspeção-Geral.

O "procedimento administrativo" tem caráter inquisitivo, nele não interferindo o infrator, salvo na exata medida de sua convocação para esclarecimentos. Não dispõe a Inspeção-Geral, a qual compete a execução das atividades investigatórias (art. 12, inciso VII, do Regimento Interno da SDE), sem prejuízo de seu acompanhamento ativo pelo DPDE em sua função como titu-

lar da ação penal-econômica, de poderes arbitrários, conduzindo-se, porém, de maneira *discrecionária*.

Processa-se de forma sumária, sem prejuízo do esmero na coleta de elementos que fundamentem a ação. Cabe à Inspetoria-Geral, nesta fase, investigar e apurar o que de real existe, mesmo porque a justiça penal-econômica não se cinge à mecânica aplicação de *norma agenda* do direito punitivo, mas se amplia face ao princípio da individualização da pena e os imperativos de ordem social contra a delinquência econômica. Com tais responsabilidades, não pode o "procedimento administrativo" conter-se dentro de prazos herméticos (tais como os exigidos para a conclusão das averiguações preliminares), sob pena de se tornar inservível às suas finalidades, devendo desenvolver-se por período compatível com a necessidade de esclarecimento dos fatos. Não poderá eternizar-se, sob, pena, ofendendo ao princípio da economicidade, sujeitam-se as autoridades, servidores e funcionários causadores da injustificada delonga à de promoção da responsabilidade (art. 40 da LDC).

No exercício de suas funções (art. 12, inciso VII, do Regimento Interno da SDE), poderá a Inspetoria-Geral, entre outras atividades, por iniciativa própria ou mediante concurso das demais unidades, inclusive das Inspetorias Regionais (art. 13, inciso IV, do Regimento Interno da SDE), pedir informações, solicitar diretamente providências e determinar diligências necessárias à sua instrução.

O "procedimento administrativo", com maior razão (art. 30 da LDC), deve desenvolver-se, indiscriminadamente, em caráter reservado, sob duplo pretexto de resguardo do interesse do acusado e da atividade investigatória na medida do necessário à elucidação dos fatos ou no interesse da sociedade. Entenda-se a sigilosidade do procedimento como significando "não-público", sem que com isso se obste o acesso do advogado do indiciado aos autos, que poderá não só examiná-los a qualquer tempo, como também copiar peças, tomar apontamentos e deles ter vista, sob sua responsabilidade profissional (art. 7º, inciso XV, do Estatuto da Advocacia, Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994). A licença, porém, não é irrestrita, não podendo o causídico interferir no desenvolvimento do "procedimento administrativo". Já o patrono do representante não poderá ter acesso aos autos, posto não ser seu constituinte *parte* na ação penal-econômica, não se lhe possibilitando a lei sequer admissão como assistente do DPDE (ou da Procuradoria)⁵¹.

Uma vez recebido o requerimento e acolhida a Representação, no exercício de suas funções de órgão condutor do "procedimento administrati-

⁵¹ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "A Lei Antitruste Brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE: Alguns Aspectos", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 88, pp. 337 e ss.

vo", a Inspeção-Geral deve, a final, emitir nota técnica conclusiva, propondo ao Secretário de Direito Econômico (art. 12, inciso VII, do Regimento Interno da SDE), a instauração das «averiguações preliminares» ou, mesmo, na dependência da qualidade e profundidade da prova coletada, de Processo Administrativo.

8. *Averiguações Preliminares*

Destinam-se as averiguações preliminares a verificar, na presença de indícios insuficientes à instauração de Processo Administrativo (art. 30 da LDC e art. 6º da Portaria MJ nº 753/98) se há *real motivo* para tanto.

As averiguações preliminares não são obrigatórias se existente um começo de prova bastante ao reconhecimento da materialidade de uma infração à ordem econômica e de sua autoria (art. 4º, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98). Podem propô-las, contudo, a Inspeção-Geral e o DPDE (arts. 12, inciso VII, e 14, inciso VI, do Regimento Interno da SDE).

Por outro lado, não podem ser abertas na ausência de indícios de abuso do poder econômico, não servindo, portanto, como instrumento investigatório da eventual existência daqueles. Entende-se por "indícios" a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239 do Código de Processo Penal), não sendo, portanto, "qualquer coisa", como insinua, equivocadamente, o art. 10, § 1º, da Portaria MJ nº 753/98. De qualquer modo, é cediço que uma simples Portaria não cria Lei em sentido estrito.

Por presunçosa disposição legal, dispensam-se as averiguações apenas quando o processo tiver por peça inicial representação de Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas (art. 30, § 2º, da LDC, e art. 3º da Portaria MJ nº 753/98).

Abertas por despacho do Secretário de Direito Econômico, as averiguações são dirigidas pela Inspeção-Geral (art. 12, inciso VII, do Regimento Interno da SDE) e processam-se de forma *sumária*, sem intervenção obrigatória do Representado, devendo estar concluídas no prazo de 60 (sessenta) dias (art. 30 da LDC, e art. 7º, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98).

Não cabe à Inspeção-Geral, porém, a presidência da colheita de elementos probatórios. A Lei atribuiu tal incumbência ao Secretário da SDE (art. 30, § 1º, da LDC e art. 8º da Portaria MJ nº 753/98), que poderá adotar quaisquer providências admitidas em Direito, inclusive demandar esclarecimentos do Representado.

Qual sua natureza jurídica?

Trata-se de procedimento de formação de culpa que objetiva um juízo de acusação (*judicium accusationis*). Não determina o fundamento condenatório ou absolutório, mas, apenas, o alicerce acusatório, exprimindo o direito de inculpar e seus limites.

Recebida a Representação, caberá à Inspetoria-Geral, à luz dos atos ou fatos submetidos, opinar, preliminarmente, sobre: (a) a possibilidade de a prática imputada produzir efeitos anticoncorrenciais, ou seja, o cabimento da “denúncia” e (b) o efetivo poder de mercado do Representado, mesmo porque não há possibilidade, sequer em tese, de abuso do poder econômico pelo agente que não detenha poder de mercado (art. 5º da Portaria MJ nº 753/98).

Verificando a Inspetoria-Geral que a Representação (ou requerimento do DPDE, conforme o caso) não preenche os requisitos da forma escrita e/ou da fundamentação (art. 30 da LDC) ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito (art. 284 do Código de Processo Civil c/c art. 83 da LDC) ou que não atenda os requisitos mínimos enumerados no art. 4º da Portaria MJ nº 753/98, determinar-se-á ao Representante que a emende ou a complete (art. 4º, § 1º da Portaria MJ nº 753/98), no prazo de 10 (dez) dias, mediante notificação escrita. De qualquer sorte, considerando-se que a Representação não é uma simples comunicação, mas uma comunicação de caráter jurídico, em se apresentando inepta ou versando sobre matéria não concorrencial (art. 295 do Código de Processo Civil), será ela indeferida, arquivando-se os autos liminarmente, mediante despacho fundamentado do Secretário da SDE (art. 5º, parágrafo único, da Portaria MJ nº 753/98).

Emitido o parecer preliminar, os autos serão encaminhados ao Secretário da SDE para instaurar a averiguação preliminar ou dar outro andamento administrativo cabível (art. 6º da Portaria MJ nº 753/98).

No exercício de suas atribuições investigatórias, dispõe a Inspetoria-Geral de todo o arsenal do art. 35 da LDC, ouvido, porém, o Secretário da SDE (art. 8º da Portaria MJ nº 753/98), inclusive requerer esclarecimentos, por escrito, em 5 (cinco) dias, do Representado.

Se o Secretário da SDE se convencer de que não há nos autos indícios veementes da existência de infração à ordem econômica ou de sua autoria, ao invés da pronúncia, equivalentemente decretará a impronúncia, decisão de não instauração do Processo Administrativo, verdadeira *absolutio ab instantia*, recorrendo *ex officio* de sua decisão ao CADE (art. 31 da LDC e art. 9º da Portaria MJ nº 753/98).

As averiguações preliminares foram instituídas para salvaguardar a inocência contra acusações infundadas e o CADE contra o custo e inutilidade

que destas redundariam. O mal causado pela ação penal-econômica deixada ao arbítrio dos acusadores seria uma injustiça, na hipótese de absolvição.

Findas as averiguações preliminares, e não sendo caso de seu arquivamento, a Inspetoria-Geral oferecerá espécie de antecipado *libelo acusatório*, ou seja, um resumo articulado e delimitativo da acusação, com a sugestão ao Secretário da SDE de instauração do Processo Administrativo (art. 9º da Portaria MJ nº 753/98).

As averiguações preliminares não comportam apreciação de questões de alta indagação e nem permitem amplas considerações atinentes ao mérito da pretensão punitiva. Face aos meios de prova até então coligidos, devem apenas determinar a presença ou não de *real motivo* para a instauração de Processo Administrativo, ou seja, se existem indícios veementes de que houve ou há uma infração à ordem econômica (tipicidade) e de que é ele imputável a determinada pessoa, física ou jurídica (culpabilidade).

Concluídas as averiguações preliminares, cabe à Inspetoria-Geral, mediante despacho fundamentado do Secretário da SDE (art. 9º, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98), encaminhar os autos, com sua sugestão conclusiva, ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, para sua manifestação. Na qualidade de parte acusatória, o DPDE é o único que pode propor ao Secretário da SDE, a instauração de Processo Administrativo (art. 14, inciso VI, do Regimento Interno da SDE). sob pena de nulidade absoluta.

A *praxis* revela comportamento (ilegalmente, diga-se desde já) diverso. Tem a Inspetoria-Geral substituído o DPDE nesta função e formulado propostas de instauração de Processo Administrativo ao Secretário da SDE. Outrossim, a “determinação” de abertura de Processo Administrativo, pelo Secretário da SDE, na forma prevista no citado § 2º do art. 9º da Portaria MJ nº 753/98 somente se legitima após e na hipótese de oferecimento de denúncia pelo DPDE. Em ambas as hipóteses, na ausência de denúncia do DPDE, ter-se-á um Processo Administrativo, caso instaurado, sem inicial acusatória, sendo, assim, nulo *ab ovo*.

9. Processo Administrativo

Recebendo os autos, caberá ao DPDE não só verificar a possível ocorrência de um delito econômico punível, mas, também, *fixar os limites da acusação*, tipificando, com base no libelo, uma das formas de infração à ordem econômica das previstas no art. 20 da LDC, de modo a se impedir o futuro julgamento *ultra* ou *extra petita* do Processo Administrativo (cf. a respeito, o inciso VI, do art. 11 da Portaria MJ nº 753/98). Caracteriza-se a denúncia do DPDE, uma vez formulada, pela (a) *irretratabilidade* (art. 42 do Código de Processo Penal), (b) *inalterabilidade* (art. 264 do Código de Processo Civil) e

(c) *imutabilidade* (art. 303 do Código de Processo Civil), devendo sua interpretação ser *restritiva* (art. 293 do Código de Processo Civil).

A manifestação do DPDE, quando positiva, equipara-se à *denúncia* (*opinio delicti*), no sentido processual penal, iniciadora, desde que aceita pelo Secretário da SDE, da ação penal-econômica. Não há confundir início da ação penal-econômica com seu requerimento e muito menos com a instauração da relação processual. Aquele dá-se com a oferta da peça vestibular pelo DPDE (art. 14, inciso VI, do Regimento Interno da SDE); o requerimento com a Representação ou indiciamento *ex officio* do DPDE e a relação processual se perfaz, triangularmente, com a notificação do indiciado (chamamento - art. 33 da LDC e art. 12 da Portaria MJ nº 753/98)⁵².

De qualquer modo, a manifestação do DPDE, com tais efeitos, é imprescindível diante do sistema acusatório, *ne procedat judex ex officio*, separando-se a «acusação» da «quase-jurisdição». Tem o DPDE oito dias (art. 32 da LDC), prorrogáveis a critério do Secretário da SDE, contados do conhecimento do fato ou da Representação (quando dispensáveis as averiguações preliminares) ou do encerramento das averiguações preliminares para propor a instauração de Processo Administrativo. Recebendo os autos da Inspeção-Geral ou a Representação, poderá o DPDE, na dependência do caso concreto: (a) solicitar novas providências à Inspeção-Geral (art. 14, inciso V, do Regimento Interno da SDE) essenciais ao oferecimento da inicial; (b) requerer a decretação da extinção da punibilidade; (c) pedir o arquivamento, (d) se entender que o CADE não é competente, pleitear a remessa dos autos à autoridade que o for ou (e) oferecer a peça vestibular da ação penal-econômica (art. 14, inciso VI, do Regimento Interno da SDE).

A denúncia é o ato processual através do qual o Estado-Administração, por seu órgão competente, no caso o DPDE, se dirige ao Secretário da SDE dando-lhe conhecimento de um fato que se reveste dos caracteres de infração penal-econômica, manifestando a vontade de ver aplicada ao acusado a *sanctio juris*.

Clássica, a respeito, é a lição de JOÃO MENDES JÚNIOR segundo a qual a instauração válida do processo pressupõe a existência de uma peça vestibular contendo a exposição clara e precisa de um fato delituoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do Código de Processo Penal), isto é: "... não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*)".

⁵² Tourinho Filho, Fernando da Costa, "Processo Penal", vol. 1, 5ª ed., Ed. Jalovi, Bauru, 1979, p. 338

De outra banda, constitui requisito essencial da exordial (art. 83 da Lei nº 8.884/94 c/c art. 282, inciso III, do Código de Processo Civil) a indicação precisa do *fato e dos fundamentos jurídicos do pedido*, que constituem a *causa de pedir*.

Em resumo, ao oferecer a exordial, deverá o DPDE cuidar para que a peça contenha, sob pena de nulidade (art. 564, inciso III, alínea *a*, do Código de Processo Penal): (*a*) a exposição de fato presuntivamente delituoso, com todas as suas circunstâncias; (*b*) a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; (*c*) a classificação da argüida infração à ordem econômica e, (*d*) quando necessário (*neste momento e não em qualquer outro*), o rol das testemunhas de acusação (art. 41 do Código de Processo Penal).

A LDC não indica quantas testemunhas poderão ser listadas pelo DPDE, mas o faz mercê da sua fonte subsidiária, o art. 398 do Código de Processo Penal, ou seja, 8 (oito). É bem verdade que a LDC, neste ponto, ofende ao princípio da igualdade das partes, uma vez que caberá ao Representado indicar, no máximo, três (art. 37, parágrafo único, da LDC), razão pela qual deverá o Secretário da SDE admitir a oitiva de testemunhas de defesa adicionais, até 8 (oito) (art. 22 e seu § 1º, da Portaria MJ nº 753/98).

Embora seja sabido que o agente econômico representado não se defende de artigos de lei e sim de fatos, nem por isso deixa de ser nulo o processo penal-econômico quando ausente ou imprestável a inicial acusatória. A falta de denúncia⁵³ queixa significará, por decorrência lógica, a inexistência do processo, uma vez que seria impossível iniciar o caminho procedimental sem a concretização do primeiro ato da seqüência a ser percorrida.

Pelo mesmo motivo, se o DPDE, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da Representação ou de quaisquer peças de informação, o Secretário de Direito Econômico, ainda que considere improcedentes as razões invocadas, estará obrigado a atender ao pleito (art. 28 do Código de Processo Penal). Não prevalece, pois, o princípio da subordinação hierárquica, eis que, no caso, o DPDE é o *dominus litis*, único órgão dotado de *legitimatío ad causam*.

Por outro lado, oferecida a denúncia, ao DPDE é vedado retratar-se da acusação e requerer o arquivamento do processo. Embora *dominus litis*, o DPDE não é *dono da ação penal-econômica*. Dado o impulso inicial à ação, pelo princípio da indisponibilidade, deve o DPDE ficar subordinado tão-somente à lei, no desenvolvimento de sua atividade processual.

⁵³ Grinover, Ada Pellegrini, Fernandes, Antônio Scarance e Gomes Filho, Antônio Magalhães, “As Nulidades no Processo Penal”, p. 76

Apresentada a vestibular acusatória, na presença dos requisitos legais, caberá ao Secretário de Direito Econômico recebê-la, mediante despacho fundamentado, que instaurará o *Processo Administrativo* (art. 31 da LDC e art. 9º da Portaria MJ nº 753/98). A existência ou não de abuso do poder econômico será por este apurada (art. 17, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98).

Cuida-se, o despacho inicial, de ato privativo e *indelegável* do Secretário da SDE, uma vez que exercido em decorrência de competência punitiva. O *Poder Sancionador* não se delega por ato administrativo, salvo permissivo legal expresso. O Representado tem direito subjetivo de ser o polo passivo da sanção tão-somente pela autoridade que a lei expressamente designe⁵⁴. O despacho instaurador de Processo Administrativo resulta de um *juízo de valor*, qual seja o de *admissibilidade* da persecução penal-econômica.

A competência, mormente em função punitiva, é tema adstrito à *estrita vinculação legal*, dela resultando sua *intransferibilidade* e *improrrogabilidade*. Assim, a delegação, há de resultar da Lei e, quando admitida, há de ser explícita, clara e precisa⁵⁵.

O despacho do Secretário da SDE, exige a Lei (art. 32 da LDC e art. 9º e seu § 2º, da Portaria MJ nº 753/98), por configurar um ato interlocutório simples (e não ato de mero expediente), há de ser fundamentado, sob pena de invalidade. O art. 32 da Lei nº 8.884/94 exige à válida instauração do Processo Administrativo, a *especificação dos fatos a serem apurados* (entenda-se dos “fatos típicos” – art. 20 da LDC - e não dos “meios” alegadamente empregados, como os arrolados no art. 21 da LDC). Os requisitos essenciais à validade do despacho instaurador encontram-se arrolados no art. 11 da Portaria MJ nº 753/98, a saber: (a) a qualificação do Representante, quando for o caso, e do Representado, (b) o resumo dos fatos e das razões de representação, (c) a descrição das condições básicas do mercado em que atuam o Representante e o Representado, (d) a conduta imputada ao Representado e seus prováveis efeitos anticoncorrenciais sobre o mercado, (e) outras informações ou dados que devam ser levados ao conhecimento do agente econômico, de modo a permitir-lhe ampla defesa, (f) a conclusão, contendo a delimitação do objeto da investigação e a indicação do preceito legal infringido e (g) a determinação de instauração do Processo Administrativo e de notificação do Representado.

Trata-se de um *ato decisório* que resulta de um processo lógico de indução e dedução, não podendo, assim, e nem devendo, ser guardado interi-

⁵⁴ Lazarini, Álvaro, “Do Procedimento Administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 135, p. 133

⁵⁵ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, “Curso de Direito Administrativo”, Companhia Editora Forense, RJ, 1996, p. 99. V. também Meirelles, Hely Lopes, “Direito Administrativo Brasileiro”, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 638

ormente pelo Secretário, pois a sua subjetividade não impede, pelo contrário, autoriza, sua objetivação.

Lícito, portanto, não é ao Secretário encerrá-lo na *turris eburnea* de seu pensamento e autoridade. Não pode nem deve a autoridade dizer *tout court* que atingiu ao fim porque há de revelar todo o caminho percorrido, motivando seu despacho. É, portanto, insuficiente a tal desiderato que o Secretário se limite, por exemplo, a fazer simples remissão ou, genericamente, acolher por mera remissão os fundamentos de fato e de Direito expostos na inicial oferecida pelo DPDE (ou, quanto menos, na nota técnica da Inspetoria-Geral ao final das averiguações preliminares). Também não basta a invocação *simpliciter* do “Artigo 20 c/c o artigo 21” ou postura símile.

A função da motivação é a de justificar a edição do ato administrativo motivado⁵⁶ e se destina a ser conhecida não apenas pelo interessado direto mas também pelo Juiz (quando submetido ao controle judicial) e pelo público em geral, a fim de que possa atingir às múltiplas finalidades que lhe são atribuídas. Não basta se dar publicidade ao conteúdo do ato instaurador mas de igual forma ao seu elemento decisório.

A motivação⁵⁷ constitui garantia de legalidade e sua ausência ou a indicação de motivo falso invalidam insanavelmente o ato administrativo⁵⁸.

⁵⁶ Cintra, Antônio Carlos de Araújo, “Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1979, pp. 112 e 130/131

⁵⁷ Pietro, Maria Sylvia Zanella di, “Direito Administrativo”, Editora Atlas, SP, 1990, p. 160.

⁵⁸ Em paradigmático despacho datado de 4 de setembro de 1998 (D.O.U. de 9 de setembro de 1998, Seção I, pág. 1, o Sr. Secretário de Direito Econômico no PA 08000.022487/97-81, reconheceu a natureza insanável do despacho instaurador desmotivado e desatento às demais pressupostos legais, nos seguintes termos: “Convenço-me da nulidade e não da revogação, porquanto esta última ensejaria a supressão do ato administrativo legítimo e eficaz, por não lhe convir sua existência. Não sendo um ato legal e perfeito, opta-se pela anulação do mesmo, pelos meios previstos pela Administração Pública (STF, Súmula 473). 3) Os requisitos para a declaração da invalidação do ato administrativo prescindem de sua efetiva demonstração, dentro do devido processo legal, nos limites exatos de sua nulidade e da forma como foi praticada. Motivo este, que a nulidade do mesmo cinge-se aos seguintes aspectos; a) a indicação genérica da prática da infração da ordem econômica, não consentânea com os limites da aplicação da Lei nº 8.884/94; b) a tipificação dentro do arcabouço jurídico que o legitime, para o fim de vir a Representada a sofrer a ação do Estado em processo administrativo competente; c) a Ausência dos requisitos essenciais no despacho instaurador que o compõe por três aspectos: relatório (em que se diz o que se houve no procedimento administrativo), motivação (análise da prova coligida e a lei aplicável as questões suscitadas) e o dispositivo (pelo qual se decide)”. No mesmo sentido,

Como tal, integra a cláusula *due process of law*, não podendo⁵⁹, ser relegado à maior ou menor flexibilidade hermenêutica do aplicador ou à iniciativa normativista de menor hierarquia, sujeitas a inseguras mutações, muitas vezes, de natureza política, subjetiva e/ou pessoal.

O devido processo legal exige, dentre seus princípios basilares, a especificação da acusação e a fundamentação da peça inicial, sendo esta nula quando não descreva os fatos com suficiente especificidade de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa⁶⁰.

Em suma: seja no tocante à denúncia, seja no que tange ao despacho instaurador do Processo Administrativo, a eventual ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo penal-econômico implicam na extinção do Processo Administrativo sem julgamento do mérito (art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil)⁶¹.

despacho proferido no P.A. 08000.005529/97-82, aos 16 de setembro de 1998, D.O.U. de 17.09.98

⁵⁹ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "A Cláusula 'devido processo legal' e a Lei Antitruste Nacional", *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, vol. 104, p. 217

⁶⁰ Meirelles, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 584

⁶¹ A respeito da extinção do processo na ausência do pressuposto processual, v. o voto do Conselheiro-Relator, Leônidas Rangel Xausa, na Representação nº 47/93, de 24 de julho de 1996, quando acolheu as conclusões do Parecer nº 39/96, da Procuradoria-Geral do CADE, que assim se manifestou: "28. Objetivamente, falta no processo a especificação dos fatos que constituem a infração sujeito ao julgamento do CADE, dado o caráter genérico daquela representação. E esta especificação dos fatos, que deve conter as circunstâncias que permitem classificar a conduta como uma infração administrativa contra a ordem econômica, especialmente quando o representante é um dos órgãos integrantes do sistema de defesa da ordem econômica, é condição indispensável para a constituição e o desenvolvimento válido e regular dos processos a serem julgados pelo CADE. 29. Não que seja necessária uma tipificação da conduta de acordo com a enumeração do art. 21, dado o caráter exemplificativo, deste. Mas a especificação dos fatos a fim de que se verifiquem se têm por objeto ou podem produzir os efeitos previstos no art. 20 e fundamental para que se respeitem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como os requisitos que deverão estar contidos nas decisões do CADE, nos termos do art., I, da Lei 8.884/94, quando concluir este Colegiado pela existência de infração contra a ordem econômica. (...). 31. Por essa razão, esta Procuradoria se manifesta pelo conhecimento do recurso de ofício para manter a decisão de arquivamento das representações, entretanto não por seus próprios fundamentos, mas porque a Lei 8.884/94 prevê a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil que, no caso, autorizam

Não se invoque, neste ponto, o princípio do informalismo administrativo (de resto inaplicável em sede de Processo penal-econômico), eis que este cede lugar ao rigor do devido processo legal quando esteja em questão a aplicação de penalidades⁶².

Tendo-se em conta a natureza repressiva da legislação de defesa da concorrência, atingindo o *status libertatis* dos agentes econômicos e balizando a legitimidade do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, por sua importância e gravidade, não poderia ela satisfazer-se com regras processuais de aplicação informal.

Cabe, portanto, aos mecanismos processuais específicos tornarem eficazes as normas constitucionais, e, assim sendo, no dizer de LIEBMAN, o processo, de instrumento de Justiça, desvenda sua real vocação para transformar-se em garantia da liberdade. As formalidades do processo, por consequência, são veículos das garantias constitucionais.

Tratando-se de ação penal-econômica, tem o Processo Administrativo (Título VI da LDC) essa denominação apenas e tão-somente em homenagem à natureza administrativa do órgão colegiado julgador.

Aplicam-se-lhe subsidiariamente, por via de consequência necessária, dada a natureza jurídica (penal-econômica) da norma substantiva, primordialmente, as disposições do Código de Processo Penal. Expressamente, consignava-o o art. 36 da Lei nº 4.137/62, ao determinar a observância do rito dos feitos e do julgamento dos crimes comuns de competência do Juiz singular, conforme enunciado no Livro II, Capítulo III, Título I, do Código de Processo Penal, obviamente com as alterações exigidas pela então vigente Lei Antitruste⁶³. Consagra-o o Direito Comparado, determinando a Lei de Defesa da Concorrência argentina (Lei nº 22.262, de 1º de agosto de 1980, art. 43), que, não satisfeita em determinar a aplicação *ex vi legis* das disposições dos Códigos Penal e Processual Penal, repele, expressamente, qualquer tentativa de "flexibilização" (em geral sinônimo de arbítrio e/ou de parcialidade) procedimental pelo princípio do *informalismo* das normas administrativas⁶⁴.

a extinção do presente processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI”.

⁶² Castro, Carlos Roberto de Siqueira, “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil”, p. 347/348

⁶³ Já o antecipa Venâncio Filho, Alberto, "Intervenção do Estado no Domínio Econômico", pág. 341, ed. facsimilar, 1998, Ed. Renovar

⁶⁴ Art. 43 da Lei argentina nº 22.262/80: "Serán de aplicación las disposiciones del libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en Material Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley. No serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos".

A menção expressa, evidentemente, é despicienda, mesmo porque a natureza da norma não se altera por fatores exógenos. O hibridismo da matéria concorrencial, todavia, resultado sinérgico do “jurídico” com o “econômico”, e a peculiaridade de sua predominância no mundo das pessoas jurídicas, recomendava o aproveitamento de princípios e procedimentos do Processo Civil.

Para tanto, contudo, fazia-se mister a norma expressa, dado o caráter de excepcionalidade. Consagraram-no os arts. 83 da LDC e o art. 19, § 7º, da Portaria MJ nº 753/98, tornando, ainda que secundaria, porém também subsidiariamente, aplicável as disposições do Código de Processo Civil aos processos administrativos e judiciais de que tratam a Lei de Regência.

Do processo penal comum, haure o processo penal-econômico os princípios fundamentais. São eles seis: (a) o princípio da ação; (b) o da *indisponibilidade*; (c) o do *contraditório* e da *imparcialidade*; (d) o da *verdade real*; (e) o da *persuasão* e (f) o da *publicidade*.

Pelo princípio da ação ou *oficialidade*, não se admite procedimento penal-econômico *ex officio*. Para constituir-se, a relação processual depende sempre de acusação do DPDE, órgão oficial. Igualmente, o princípio delimita o campo do poder de decisão do CADE, pela determinação do fato submetido à sua apreciação, impedindo, desta forma, o julgamento *ultra petita*.

Pelo princípio da *indisponibilidade* ou *irretratabilidade* se reconhece que o Estado não tem apenas o direito, mas o dever de punir. Portanto, o DPDE não dispõe de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal-econômico, quer do inquérito preliminar, desde que, evidentemente, enquadrado um fato na tipificação legal da infração à ordem econômica (*princípio da obrigatoriedade*). O DPDE não age senão em nome do que ela representa, tendo, portanto, o exercício, mas não a disposição, da ação penal-econômica, que lhe não pertence. O princípio comporta abrandamentos, tal como ocorre no processo penal comum, mas com maior razão. O crime, em geral, acarreta lesão irreparável ao interesse coletivo, tornando a pena indispensável à restauração da ordem jurídica violada. Já em tema da Lei da Concorrência, prevalece o aspecto utilitário-preventivo do Direito Penal-Econômico, pondo em relevo o processo competitivo e o desempenho econômico desejável. Competitividade, eficiência e progresso são palavras-chave, interessando muito mais o restabelecimento da ordem econômica ofendida do que propriamente sua reparação. Daí a instituição do *Compromisso de Cessação* da prática economicamente indesejável (art. 53 da LDC).

Pelo princípio do *contraditório* (art. 10, § 3º, da Portaria MJ nº 753/98) garantia fundamental de Justiça, consagra-se a igualdade da acusação

e defesa dentro do processo penal-econômico. Coloca-se o CADE equidistante face à parcialidade das partes, possibilitando a ambas expor suas razões, apresentar provas e influir no convencimento do Conselho. O contraditório é composto de dois elementos: a informação ou notificação do indiciado (art. 33 da LDC) e a possibilidade de reação. Ao contrário, porém, do princípio da indisponibilidade, este não comporta exceções, prevalecendo em sua aplicação o aspecto substancial (direito de defesa constitucionalmente garantido) sobre o formal (art. 33, § 4º da LDC). Não lhe representa desvio a revelia, desde que se conceda à parte omissa a oportunidade de exercer seu direito em qualquer fase do processo (art. 34 da LDC), mesmo porque aquela, por si só, é insuficiente à condenação. Por outro lado, a isenção dos Conselheiros do CADE é condição *sine qua non* para que o Conselho exerça suas funções no processo penal-econômico. É pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. As partes têm o direito de exigir a retidão dos Conselheiros, razão pela louvável a referência à *exceção de suspeição* no art. 7º do Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução nº 12, de 31 de março de 1998.

Desde as averiguações preliminares desponta a aplicabilidade do princípio da *verdade real* ou *material* (que se contrapõe à da *verdade formal*, prevalecente no processo civil) (art. 17, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98), predominando o sistema da livre investigação da prova. O CADE, notadamente o Conselheiro-Relator (art. 9º, inciso III, da LDC) e, bem assim, o Secretário da SDE (enquanto encarregado da fase de conhecimento – art. 35 da LDC), não pode manter-se como simples espectador da contenda, permitindo-se-lhe ampla gama de atividades instrutórias. Ainda quando se tenha por origem a representação, desenvolve-se o Processo Administrativo por impulso oficial (art. 262 do Código de Processo Civil), dirigido pelo Conselheiro-Relator (ou pelo Secretário de Direito Econômico, conforme o caso) (art. 125 do Código de Processo Civil). É claro que sua atuação não pode ser arbitrária, pautando-se, porém, pelo poder discricionário na condução do processo instrutório.

Podem, assim, requisitar informações, esclarecimentos e documentos a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, determinar diligências, perícias e outras provas, inclusive complementares etc. (art. 17 e seu § 2º, da Portaria MJ nº 753/98).

Outrossim, ao CADE (e por decorrência, o Secretário da SDE) é vedado decidir com base em provas ou elementos inexistentes nos autos, embora possa avaliar os colhidos segundo critérios críticos e racionais (princípio do *livre convencimento*), desde que, é claro, o faça de forma motivada, observando as regras legais existentes e as máximas de experiência.

Finalmente, a *publicidade* dos autos e dos julgamentos configura o instrumento de fiscalização popular do CADE e da SDE. Constitui princípio

amplamente reconhecido no processo administrativo. Não só as decisões do CADE são publicadas no Diário Oficial (art. 46, parágrafo único, da LDC), como também se permite a qualquer interessado requerer certidão de atos, pareceres ou decisões ou informações sobre qualquer matéria que se inclua na esfera de competência do Conselho (art. 9º, § 3º, do Regimento Interno do CADE), com ligeiras e compreensíveis restrições, preservadoras do direito à privacidade ou de situações de reserva previstas em lei (art. 9º, § 4º, do Regimento Interno do CADE).

O Processo Administrativo é célere, mas não sumário. Deve ser conduzido e concluído com a maior brevidade compatível com o pleno esclarecimento dos fatos (art. 40 da LDC). As diligências e provas de interesse da SDE devem estar concluídas dentro de 45 (quarenta e cinco) dias contados do término do prazo de defesa, prorrogável por igual período, em caso de comprovada necessidade (art. 21 da Portaria MJ nº 753/98). É evidente que esse prazo apenas vincula a acusação (DPDE) e não a defesa, regendo-se esta pelo preceito maior do art. 40 da LDC (“prazo compatível com o pleno esclarecimento dos fatos”).

O Processo observa o rito dos feitos e do julgamento dos crimes comuns de competência do Juiz singular, com as alterações constantes da LDC. Inicia-se com despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados (art. 32 da LDC e inciso VI do art. 11) e determinará a notificação do Representado para apresentar defesa em quinze dias (art. 33 da LDC e arts. 11, inciso VII, e 12 da Portaria MJ nº 753/98).

Trata-se da citação que será feita pessoalmente por carta com recibo de volta ou por editais, quando baldados os esforços de notificação pessoal (art. 33, § 2º, da LDC e art. 12, § 1º, da Portaria MJ nº 753/98). A notificação conterá, obrigatoriamente, o inteiro teor do despacho de instauração do Processo Administrativo e da Representação, se for o caso (art. 33, § 1º, da LDC). O prazo para resposta contará a partir da data de juntada aos autos do aviso postal de recebimento ou da publicação do edital, conforme o caso (art. 33, § 2º, da LDC e art. 12, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98). Oferecida esta, descabida é qualquer reconvenção do Representado em relação à Representação, mesmo porque, como visto, não é o Representante parte no feito.

O Representado terá amplo acesso aos autos (art. 33, § 4º, da LDC e art. 14 da Portaria MJ nº 753/98). Assim, em relação a ele, não se concebe qualquer restrição, não sendo admitido ao DPDE pleitear a autuação, em apartado ou por linha, de quaisquer "anexos confidenciais". Seu advogado terá pleno direito de vista (art. 7º, inciso XV, do Estatuto da Advocacia, Lei nº 8906/94), sendo-lhe portanto facultada a extração de cópias de peças, inclusi-

ve mediante retirada dos autos da Seção Processual do DPDE, mediante carga em livro próprio.

Chama-se atenção para a faculdade de o Representado defender diretamente a própria causa. Trata-se de permissivo a ser abolido, além de ser de duvidosa constitucionalidade (art. 133 da Constituição Federal), notadamente por se tratar de processo de natureza repressiva⁶⁵. De fato, em sua grande maioria, os indiciados são maus defensores da própria causa, não estando a seu alcance o que devem ou não dizer, nem o que calar. Supondo que estão se desculpando, poderão estar se comprometendo definitivamente. Ao patrono cabe, profissionalmente, proteger seus interesses.

Não apresentando defesa no prazo legal, o Representado considerar-se-á revel (art. 34 da LDC e art. 16 da Portaria MJ nº 753/98). Estabelece a Lei que, nesta hipótese, reputar-se-á o Representado confesso quanto à matéria de fato. A confissão (haurida ancilarmente do processo civil), por conflitar com o princípio superior da verdade real, não pode, em qualquer hipótese, ser considerada suficiente à prolação de decisão condenatória. De qualquer modo, ocorrendo a revelia, a SDE providenciará, obrigatoriamente, a publicação, pela imprensa oficial, das intimações para a prática dos atos de interesse do Representado (art. 16, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98).

Instaurada a instância e tendo início a fase de conhecimento, caberá ao Secretário da SDE a direção do processo (art. 17, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98), competindo-lhe assegurar igualdade de tratamento às partes (art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil). Assim, por exemplo, sempre que aberta a possibilidade de uma das partes se manifestar no feito, obrigatoriamente deverá o Secretário da SDE assegurar-se da abertura do contraditório.

A prova será iniciada logo após a instauração da instância (art. 35 da LDC), o que ocorrerá com o a especificação da prova, inclusive testemunhal, pelo Secretário da SDE (art. 35 e seu parágrafo único, da LDC e art. 130 do Código de Processo Civil), não pelo DPDE, parte que é no processo acusatório, cabendo àquele indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Quanto ao Representado, terá ele 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da defesa, para apresentar as provas de seu interesse, inclusive para indicar testemunhas, exceto no que se refere à prova documental, que poderá apresentar a qualquer momento, antes de encerrada a instrução na SDE (art. 37 da LDC e art. 19, § 6º, da Portaria MJ nº 753/98). Poderá o Representado apresentar toda e qualquer prova admitida em Direito (art. 19 da Portaria MJ nº 753/98).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, será sempre informada da instauração do Processo Adminis-

⁶⁵ V. a respeito, Fonseca, João Bosco Leopoldino da, "Lei de Proteção da Concorrência", p. 122

trativo (art. 38 da LDC), não sendo porém seu parecer (de caráter meramente opinativo) prejudicial ao andamento ou à conclusão do feito (art. 23 da Portaria MJ nº 753/98).

Em qualquer hipótese, o *onus probandi* é da acusação (art. 156 do Código de Processo Penal), ou seja, do DPDE, lembrando-se sempre dois princípios fundamentais a regular a matéria: (a) o primeiro é o de que não se admite a prova obtida por meio ilícito (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal) e (b) o segundo, o da necessidade de prova bastante e coerente, mesmo porque *in dubio pro reo*. Assim, é de se acolher a pretensão absolutória no caso de o DPDE não provar o alegado na denúncia, pois tanto maior é o risco da injustiça, quanto maior a tolerância de prova capenga. No balanço das versões, não tem maior confiabilidade a do órgão acusador em relação à do Representado, somente em razão de sua proveniência, posto que sobreleva o princípio da presunção de inocência do acusado.

Não obstante a apresentação da defesa, poderá o Representado ser convocado pelo Secretário da SDE para interrogatório (art. 17, § 1º, da Portaria MJ nº 753/98), que poderá ser acompanhado pelo DPDE e pelo defensor do acusado, não lhes sendo permitido interferir, salvo para apresentação de questões de ordem. O interrogatório é o meio privativo atribuído ao Secretário (e ao Conselheiro-Relator do CADE) para se instruir, pessoalmente, sobre a verdade real e firmar sua convicção, registrando nos autos os elementos colhidos.

Além dos depoentes de acusação e os de defesa, poderá o Secretário da SDE ouvir informantes (dentre eles o Representante), que não prestarão compromisso, e testemunhas referidas, sem prejuízo de poder convocar quantas mais entender necessárias (art. 35 da LDC), sempre, é claro, sem perder de vista os critérios da prudência e celeridade do processo, sob pena de responsabilização (art. 40 da LDC).

As testemunhas estão sujeitas à coação processual, cabendo à SDE (e não às partes), as providências para seu comparecimento (arts. 17, § 3º, e 22, § 4º, da Portaria MJ nº 753/98). Seus depoimentos serão tomados pelo Secretário da SDE (art. 22, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98), sob compromisso. Se não for encontrada qualquer delas, o Secretário da SDE poderá deferir pedido de sua substituição (art. 17, § 3º, da Portaria MJ nº 753/98), desde que não tenha por fim frustrar o disposto nos arts. 42, *in fine*, e 395 do Código de Processo Penal, suprimindo imperdoável anterior omissão das partes. Se os depoentes de defesa não forem encontrados e o acusado, dentro de 3 (três) dias, não indicar outros em substituição, prosseguir-se-á nos demais termos do processo (art. 405 do Código de Processo Penal). Podem as partes, por outro lado, desistir da oitiva de testemunhas arroladas (art. 404 do Código de Proces-

so Penal), sem que isto impeça que o Secretário da SDE tome seus depoimentos se assim entender necessário ou conveniente à instrução.

A audiência das testemunhas, a exemplo do interrogatório do Representado, também constitui indelegável ato de autoridade, regendo-se pelo princípio da *identidade física do julgador* (art. 37, parágrafo único, da LDC, art. 212 do Código de Processo Penal e art. 446, inciso II, do Código de Processo Civil). Assim, manteve-se a LDC, a exemplo do Código de Processo Civil, fiel ao sistema presidencialista de inquirição: só o Secretário interroga a testemunha⁶⁶ (art. 83 da LDC c/c art. 416 do Código de Processo Civil). Ilegal, neste ponto, portanto, a franquia dada pelos arts. 17, § 1º, e 22, §§ 5º e 6º, da Portaria MJ nº 753/98, ao admitir a possibilidade de inquirição de testemunhas “por autoridade por ele (Secretário) designada”, que não o próprio Secretário.

A inquirição deverá observar o disposto nos arts. 202 a 225 do Código de Processo Penal, devendo, assim, o depoimento ser oral (art. 204 do Código de Processo Penal), sujeitar-se à contradita (art. 214 do Código de Processo Penal, art. 19 da Portaria MJ nº 753/98) e às perguntas e reperguntas das partes (art. 212 do Código de Processo Penal e art. 22, § 5º, da Portaria MJ nº 753/98). Os depoentes de acusação, como é intuitivo, serão ouvidos primeiramente (art. 396 do Código de Processo Penal) já que os de defesa se destinam a contrariar as provas de incriminação. Ao Representante, simples informante, é defeso intervir na audiência ou formular questões, como aliás se depreende, a *contrariu senso*, do citado art. 22, § 5º, da Portaria MJ nº 753/98.

Já contempla o Regimento Interno do CADE (art. 12), a realização de audiências de instrução presididas pelo Conselheiro-Relator (mesmo porque, como visto, cuida-se de ato indelegável) e perante o Plenário do CADE.

Terminadas as inquirições, as partes, primeiro o DPDE, em 24 (vinte e quatro) horas, e, depois, a defesa, dentro de igual prazo, sem interrupção, esta última sem prejuízo das provas requeridas no prazo do art. 37 da LDC, poderão requerer as diligências, inclusive perícias, cuja necessidade ou conveniência exsurja das circunstâncias ou de fatos apurados na instrução (art. 499 do Código de Processo Penal). Tem o Secretário da SDE, desde que não prejudique o direito de defesa ou o de acusação, autoridade para repelir qualquer pretensão probatória que reputar abusiva, impertinente, ilegal ou meramente protelatória (art. 15 da Portaria MJ nº 753/98). Assim, não será admitida a prova pericial quando a comprovação do fato não depender de conhecimento especial técnico, quando tiver sido feita por documento já juntado aos autos ou for impraticável (art. 19, § 1º da Portaria MJ nº 753/98).

⁶⁶ Aguiar, João Carlos Pestana de, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1977, p. 344

Na realização da prova pericial, cabe ao Secretário da SDE assegurar a independência do perito em relação às partes, reconhecendo tratar-se de auxiliar seu (art. 139 do Código de Processo Civil) e não do DPDE. Em verdade, as partes não poderão intervir em sua nomeação (art. 276 do Código de Processo Penal). Tem o louvado a obrigação de aceitar o encargo, salvo escusa atendível (art. 277 do Código de Processo Penal) e de cumpri-lo escrupulosamente. Contrariando o art. 422 do Código de Processo Civil, o art. 19, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98 exige a assinatura, pelo perito, de termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. O perito poderá ser profissional independente ou servidor de qualquer órgão público, inclusive da SDE (art. 19, § 5º, da Portaria MJ nº 753/98), menos, obviamente, funcionário do DPDE, por ser este a parte acusatória.

Rege-se a perícia pelos arts. 420 e seguintes do Código de Processo Civil, no que couber, e pelo art. 19, §§ 1º ao 5º, da Portaria MJ nº 753/98. Às partes é facultada a indicação de assistentes técnicos de sua confiança (art. 19, § 4º, da Portaria MJ nº 753/98), que não estão sujeitos a impedimento ou suspeição (art. 422 do Código de Processo Civil).

A prova documental, por seu turno, poderá ser oferecida pelas partes em qualquer fase do processo (art. 19, § 6º, da Portaria MJ nº 753/98), admitindo a prática interna do CADE, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, que possa sê-lo até o julgamento (não obstante o art. 37 da LDC, que se restringe ao âmbito da SDE). A única restrição à colheita de prova documental é, lido a *contrario sensu*, o art. 181 da Constituição Federal: ao DPDE é vedado requisitar documento ou informação de natureza comercial a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior salvo mediante autorização do Poder forâneo competente e avaliada a conveniência de tal iniciativa frente aos interesses internacionais do País⁶⁷.

O Secretário da SDE também está legalmente a determinar inspeções de pessoas ou coisas, inclusive instalações e documentos do Representado (arts. 440 a 443 do Código de Processo Civil e art. 18 da Portaria MJ nº 753/98). A inspeção, todavia, somente poderá ser realizada pelo próprio Secretário (não sendo admissível a delegação de poderes, conforme insinua o citado art. 18 da Portaria MJ nº 753/98) e, por sua gravidade, mediante ordem judicial a ser por ele pleiteada, sob pena de abuso de autoridade. De qualquer modo, quando legitimamente autorizada pelo Poder Judiciário, o Secretário da SDE deverá, sempre que possível, se fazer acompanhar por peritos e técnicos, tendo o Representado o direito inalienável de acompanhar a inspeção, prestar

⁶⁷ Sobre as chamadas leis de bloqueio (blocking laws), vide o ilustrativo comentário de Paula A. Forgioni, "Os Fundamentos do Antitruste", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1998, pp. 392 e segs.

esclarecimentos e fazer as observações que melhor lhe aprouver (art. 18 e seus parágrafos da Portaria MJ nº 753/98). Concluída a diligência, o Secretário da SDE mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao exame do caso (art. 443 do Código de Processo Civil e art. 25 da Portaria MJ nº 753/98).

Para que a instrução não se eternize, a prova determinada pelo Secretário da SDE, bem como a requerida pelo acusado, a inquirição de testemunhas e a realização de diligências (inclusive perícias) deverá estar concluída em 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade (art. 35, parágrafo único da LDC e art. 21 da Portaria MJ nº 753/98), que deverá ser consignada nos autos (art. 402 do Código de Processo Penal). Esses prazos, porém, não são fatais. Nem poderiam sê-lo. Não há exigir do órgão julgador a decisão da causa quando ainda não tenha pleno conhecimento dos fatos que lhe permitam adequadamente exercer a prestação quase-jurisdicional. Porém, sempre que concluir a instrução fora dos prazos, o Secretário da SDE deverá consignar nos autos os motivos da demora (art. 402 do Código de Processo Penal) Delonga não justificada configuraria constrangimento ilegal e sua responsabilidade (art. 40 da Lei nº 4.137/62).

Outrossim, consoante farta jurisprudência do CADE⁶⁸, a distância excessiva entre a data dos fatos e o julgamento pelo Conselho frustra o objeto da decisão pela evolução do quadro econômico, resultando, em homenagem ao princípio da *utilidade*, na extinção do processo (art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil). Como efeito, com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do infrator que logrou subtrair-se à ação da justiça, deixando a pena, possivelmente, de ser útil. De outro lado, o alarma social, que por anomalias do mercado e/ou o abuso do poder econômico causaram já se teriam esvanecido com o lento perspassar dos anos, não tendo a pena a exata correspondência do reclamo público, sem contar que os longos intervalos importam em incertezas perigosas na apreciação do fato⁶⁹

Já a negligência do DPDE, quando acarrete a paralisação do feito por mais de um ano, resultará *ipso facto*, a extinção do processo (art. 267, inciso II, do Código de Processo Civil).

⁶⁸ Cf. Representações nºs 89/92, 90/92, 94/92, 96/92 e 106/92, sendo Relator, Antônio Fonseca, Representação nº 276/92 e Processos Administrativos nºs 128/92 e 275/92, sendo Relator Leônidas R. Xausa, Averiguação Preliminar nº 08000.003514/92, sendo Relator, Arthur Barrionuevo, e Processos Administrativos nºs 69/92, 70/92 e 78/92, sendo Relator, Lúcia Helena Salgado.

⁶⁹ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "Introdução ao Direito da Concorrência", *Revista de Direito Econômico*, nº 21, 101

O Processo Administrativo comporta suspensão nas hipóteses previstas no art. 265 do Código de Processo Civil, entendendo-se a hipótese do inciso II (convenção das partes) unicamente como a de celebração de Compromisso de Cessação (art. 53 da LDC e arts. 32 e 34, parágrafo único, da Portaria MJ nº 753/98).

Esgotada a fase probatória, será aberta vista dos autos para alegações finais, sucessivamente, por 5 (cinco) dias (art. 39 da LDC), ao DPDE e à defesa (art. 500 do Código de Processo Penal e art. 26 da Portaria MJ nº 753/98)⁷⁰. Esse prazo correrá na Seção Processual da SDE, independentemente de intimação ao DPDE (art. 501 do Código de Processo Penal), tendo o Representado, porém, direito à notificação (art. 26 da Portaria MJ nº 753/98), inclusive pelo Diário Oficial (art. 26, parágrafo único, da Portaria MJ nº 753/98). Subseqüentemente, os autos serão de pronto conclusos ao Secretário da SDE que poderá ordenar diligências para sanar nulidades ou suprir faltas que prejudiquem o esclarecimento da verdade (art. 27, § 1º, da Portaria MJ nº 753/98). Poderá, inclusive, se não houver ele próprio, em decorrência de substituição, interrogado o Representado ou inquirido as testemunhas, determinar a reiteração desses atos instrutórios (art. 502 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Concluído o processo de conhecimento, o Secretário da SDE, em relatório circunstanciado, decidirá, fundamentadamente (art. 27, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98), pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese (art. 39 da LDC e art. 27 da Portaria MJ nº 753/98). A decisão conterá, obrigatoriamente, o nome das partes, a exposição sucinta da acusação e da defesa, a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, a indicação dos artigos da LDC aplicados, o dispositivo, a data e a assinatura do Secretário (art. 381 do Código de Processo Penal). Conterá, ainda, o nome do Representante, se for o caso, e a relação dos exames periciais, da prova testemunhal e de todos os atos pertinentes, fazendo remissão às folhas dos autos (art. 27, § 2º, da Portaria MJ nº 753/98).

O Secretário da SDE formará sua convicção pela livre apreciação da prova, embora adstrito ao conjunto probatório (princípio do *livre convencimento* - art. 157 do Código de Processo Penal).

A decisão do Secretário da SDE não comporta recurso hierárquico ao Ministro da Justiça (art. 41 da LDC). Todavia, qualquer das partes poderá,

⁷⁰ Segundo Fonseca, João Bosco Leopoldino da, "Lei de Proteção da Concorrência", p. 123, "o certo é que, concluída a instrução processual, somente o representado é que apresentará alegações finais, no prazo de cinco dias. Aqui se tem uma analogia com o art. 500 do Código de Processo Penal".

no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao Secretário da SDE que declare a decisão, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão (art. 382 do Código de Processo Penal).

O processo administrativo culminará no julgamento no CADE, em Plenário.

8. Julgamento no CADE

Recebido o processo da SDE, o Presidente do CADE distribui-lo-á, mediante sorteio, ao Conselheiro-Relator (art. 42 da LDC). Uma leitura mais apressada do preceptivo indica que somente após a conclusão do processo de conhecimento seria designado o Conselheiro-Relator. Não parece ser a melhor interpretação. O princípio constitucional do Juízo Natural autoriza (mais do que isso, exige) que, instaurado o Processo Administrativo seja o fato comunicado ao CADE para a imediata designação do Relator, para que este não apenas venha presidir a prova, como aliás dispõe o art. 11 do Regimento Interno do CADE. A matéria tem exigido melhor regulamentação complementar (art. 51 da LDC).

De posse dos autos providos da SDE, o Conselheiro-Relator abrirá vistas à Procuradoria (art. 42 da LDC), que assim reassume a titularidade do polo ativo do processo penal-econômico. Terá ela 20 (vinte) dias (art. 42 da LDC), contados a partir do recebimento dos autos (art. 14, § 1º, do Regimento Interno do CADE). Trata-se de prazo preclusivo, de tal sorte que, transcorrido o prazo, com ou sem a manifestação da Procuradoria, deverá o Conselheiro-Relator incluir o processo em pauta para julgamento, salvo se julgar o processo insuficientemente instruído (art. 14, § 2º, do Regimento Interno do CADE). Deixando de fazê-lo por escrito, terá ainda a Procuradoria a oportunidade de sustentar sua posição oralmente, na Sessão de julgamento (art. 45 da LDC e art. 14, § 2º do Regimento Interno do CADE).

A manifestação da Procuradoria sujeita-se ao princípio do contraditório (art. 14, § 4º, do Regimento Interno do CADE). Exige-se para tanto que o Representado pleiteie e fundamente o pedido para análise do parecer da Procuradoria, comprovando sua “indispensabilidade”. Trata-se de requisito manifestamente inconstitucional. Tem o Representado direito, no exercício da ampla defesa, de ter vista dos autos e de replicar o entendimento da Procuradoria. Tem o Representado o prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da data da publicação da ata de julgamento (art. 14, § 5º, do Regimento Interno do CADE) para fazê-lo, repita-se, independentemente de qualquer manifestação prévia.

A conclusão da fase instrutória na SDE não preclui a autoridade do Conselheiro-Relator de realizar diligências complementares, requerer informações e admitir às partes a produção de novas provas, sempre que entender

insuficiente o conjunto probatório para a formação de sua convicção (art. 43 da LDC), , inclusive a solicitação de esclarecimentos a qualquer pessoa (art. 44 da LDC) e audiências públicas (art. 12 do Regimento Interno do CADE), porém sempre *ad referendum* do Plenário (9º, inciso III, da LDC).

Cumprirá ao Conselheiro-Relator distribuir o Relatório do processo aos demais membros do Plenário do CADE, ao Procurador-Geral e ao Representado, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis à Sessão de Julgamento. Do Relatório constará o resumo dos fatos e as ocorrências havidas no curso do processo (art. 15 do Regimento Interno do CADE).

Iniciada a Sessão, o Relator exporá sucintamente os elementos relevantes de fato constantes do Relatório, sendo dispensada, porém, sua leitura (arts 15 e 16 do Regimento Interno do CADE). Em seguida, a Procuradoria e, após, o acusado ou seus advogados terão, nessa ordem, direito á palavra por 15 (quinze) minutos cada um (art. 16 do Regimento Interno do CADE).

Segue-se o julgamento. As questões preliminares hão de ser decididas antes do mérito (art. 560 do Código de Processo Civil), deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela. No que tange a nulidades processuais, não há declará-las se elas não houverem influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566 do Código de Processo Penal). Outrossim, quando se puder decidir no mérito a favor do Representado, o CADE não deve pronunciá-la, nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta (art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil).

Rejeitada a preliminar ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os Conselheiros vencidos na preliminar (art. 561 do Código de Processo Civil). O período de discussão não ultrapassará 15 (quinze) minutos (art. 18 do Regimento Interno do CADE).

Proclamada a decisão pelo Presidente do CADE, caberá ao Conselheiro-Relator (ou o primeiro Conselheiro a proferir voto vencedor, se vencido aquele) a redação do Acórdão (art. 19, § 1º, do Regimento Interno do CADE). Este será fundamentado (art. 46 da LDC) e dele constará ementa (art. 563 do Código de Processo Civil) e a remissão aos registros da Sessão de Julgamento, que dele farão parte integrante (art. 19, § 2º, do Regimento Interno do CADE). Dele, obrigatoriamente constará, sob pena de nulidade (art. 381 do Código de Processo Penal): (a) o nome das partes, (b) a exposição sucinta da acusação e da defesa, (c) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, (d) a indicação dos artigos da LDC aplicados, (d) o dispositivo e (e) a assinatura do Presidente do CADE e do Conselheiro-Relator (ou do Conselheiro que o tenha redigido) (art. 19, § 3º, do Regimento Interno do CADE). O Acórdão será publicado no Diário Oficial da União em 5 (cinco)

dias (art. 46, parágrafo único, da LDC), sendo assim ilegal o prazo de 15 (quinze) dias úteis após a proclamação do resultado do julgamento previsto no art. 19, § 4º, do Regimento Interno do CADE).

Com o julgamento conclui-se o processo de apuração da ofensa à ordem econômica na atual legislação do CADE, não sendo a decisão passível de recurso administrativo ou hierárquico (art. 50 da LDC). O Conselho, Órgão dotado de autonomia, não está subordinado a qualquer superior, nem mesmo ao Ministro da Justiça. As partes podem, porém, opor embargos de declaração em qualquer das hipóteses previstas no art. 535 do Código de Processo Civil. Já não o pode o Representante por não ter legitimidade recursal, à míngua de interesse jurídico.

9. Controle Judicial

Por força do preceito constitucional consagrador do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), inestimável salvaguarda dos direitos individuais, poderá o condenado pelo CADE pleitear, sempre, o controle judicial do ato administrativo representado pela decisão final adversa que repute ilegal. Sabe-se ser essa resolução colegiada é um ato administrativo *vinculado* ou *regrado*, sujeitando-se, portanto, à revisão. Caberá, então, à Justiça Federal civil (e não à criminal, posto que, como visto, se trata de ação anulatória de ato administrativo) reexaminar o pronunciamento quase-jurisdicional impugnado, reapreciando o *mérito* da causa (*thema decidendum*) com ampla liberdade (não há confundir esse conceito com o de *mérito administrativo* ou seja, a oportunidade ou conveniência, da decisão), podendo anular ou confirmar (mas não modificar) o decisório proferido. A revisão judicial se aplica tanto às decisões de cunho condenatório por ofensas à ordem econômica, como às deliberações plenárias proferidas no exercício de sua competência fiscalizadora, relativas a atos de concentração econômica.

Esse, aliás, o expresso intuito de Agamemnon Magalhães ao elaborar o projeto de lei que culminou com a promulgação da Lei nº 4137, de 1962 (cf. Justificação do Projeto de Lei nº 122/48): "A repressão aos abusos do poder econômico será feita pelo Poder Judiciário".

É essa característica que define a natureza jurídica daquele Conselho como auxiliar do Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre com o Tribunal Marítimo. Suas decisões, portanto, configuram verdadeiros laudos técnicos especializados, a serem submetidos ao crivo da autoridade judiciária.

A própria jurisprudência do CADE, desde seus primórdios, reconhece tratar-se de um órgão judicante, verdadeiro tribunal para-jurisdicional, equiparado àquela Corte marítima especializada, como se verifica do voto do

Conselheiro Nestor Duarte no Processo SC-GB nº 675/64 (cf. ementa nº 182, in Franceschini, Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro, p. 181):

"Este Conselho, o CADE, é órgão ou agência do poder público, singulariza-se dentro da ordem pública por ter um caráter, uma missão, um fim jurídico-administrativo de executor e fiscal de uma lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica. É órgão único, autônomo, criado por autorização e determinação constitucional para cuidar e reprimir um novo ilícito penal. É um tribunal claro que não judicial, mas um tribunal que funciona até como primeiro grau do Judiciário, aonde chegará para requerer e obter a chancela judicial nas hipóteses que sua lei indica.

A Lei nº 3543, de 11.2.59, que modifica a Lei nº 2180, de 5 de fevereiro de 1954, a lei do Tribunal Marítimo diz no seu: 'Art. 1º. O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, é um órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, na apreciação dos acidentes e fatos na navegação sobre água, vinculando-se ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de recursos orçamentários para o pessoal e material destinados ao seu funcionamento'."

No mesmo sentido a decisão tomada no Processo Administrativo nº 69, aos 26 de abril de 1983, sendo Relator o Conselheiro WANOR PEREIRA DE OLIVEIRA⁷¹: "É o CADE órgão autônomo, porém auxiliar do Poder Judiciário, com jurisdição sobre todo o território nacional".

Quanto à primeira hipótese, diga-se desde logo que o recurso ao Judiciário não poderia ser impedido pela legislação de defesa da concorrência, posto que a isto se opõe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no art. 5º, inciso XXXV, cujo teor não deixa margem a dúvidas: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

À função jurisdicional do Estado cabe o papel de fazer valer o ordenamento jurídico toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Tendo o Estado subtraído à parte a faculdade de exercitar seus direitos pelas próprias mãos, compareceu esta perante a autoridade judiciária competente que lhe substituiria a vontade, para que esta dirimisse a lide. Agiu no lícito exercício de seu direito de ação e nos limites estritamente necessários para alcançar a prestação jurisdicional. Nada mais escorreito e legítimo.

Em matéria concorrencial, o princípio da acessibilidade ampla ao Judiciário já se encontra assente na jurisprudência pátria, mesmo nas hipóteses

⁷¹ Franceschini, José Inácio Gonzaga, "Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro", ementa nº 166-A, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1985, p. 172

em que o *ex adverso* se encontre (o que não é o caso) em flagrante desvantagem financeira em relação ao autor. É o que nos demonstra a ementa nº 109 encontrada em Franceschini, ob. cit., p. 114: "O ajuizamento de ação com pedido de cominação, ainda que elevada contra parte em flagrante desvantagem financeira e sem possibilidades de enfrentar os eventuais ônus da sucumbência, não se pode confundir com o abuso do poder econômico de que trata o art. 2º, I, 'g', da Lei nº 4137, de 1962. É que o direito de ação, constitucionalmente garantido, não se equipara com a certeza ou mesmo possibilidade de uma sentença favorável, mas sim, e apenas, ao direito a um pronunciamento sobre o 'meritum causae'".

A decisão citada foi proferida pelo MM. Juiz da 7ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, José Gregório Marques, em 5 de agosto de 1980, no Processo nº 2.452.847.

Toda lesão de direito, toda controvérsia, pode (e deve) ser levada ao Poder Judiciário. O apelo ao Judiciário, portanto, ainda que atinja a concorrência ou concorrentes específicos, em princípio configura conduta atípica.

Ainda que assim não fosse (apenas *ad argumentandum*), teria a iniciativa nítida característica de exercício regular de direito, o que configuraria uma causa de exclusão da antijuridicidade.

É pacífico que não é antijurídica a ação praticada no exercício regular de direito. Como afirma Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal, p. 197): "(...) é inconcebível que o ordenamento jurídico, por um lado, confira um direito, e pelo outro, torne ilícita a ação que corresponde ao exercício de tal direito".

Evidentemente, a expressão "direito" não tem uma conotação exclusivamente penal, devendo ser entendida de forma a compreender todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, não há litispendência no curso simultâneo do Processo Administrativo e do processo civil cominatório e/ou indenizatório eventualmente ajuizado pelo prejudicado direito do abuso do poder econômico ou por seu legitimado, como aliás expressamente admite o art. 29 da Lei nº 8884, 1994.

Todavia o mesmo não se poderia falar em relação a processos criminais. Face à natureza penal do Direito de Concorrência e especialmente diante da derrogação da Lei nº 8137/90 pela Lei nº 8884/94 (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil - *Lex posterior derogat priori*), no que tange aos crimes contra a ordem econômica, não se concebe a existência de duplo procedimento penal contra a mesma pessoa.

Diante da competência exclusiva fixada pela Lei nº 8884/94 em favor do CADE (art. 7º, inciso II), nula e ilegalmente constrangedora seria

qualquer instauração de inquérito policial e/ou de processo judicial penal para a apuração de infrações contra a ordem econômica. Inaceitável o *bis in idem*.

O controle judicial pode ser exercido sob qualquer forma admitida em Direito, seja mediante ação ordinária direta (precedida ou não de medida cautelar) ou mandado de segurança, seja em sede de embargos à execução. Estabelece o art. 65 da LDC que o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução se não garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução a ser fixada pelo Juízo que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias. O dispositivo é claramente inconstitucional, representando óbice indevido ao acesso do Administrado ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

10.Execução Judicial

O cumprimento das decisões do CADE será fiscalizado por órgão diretamente subordinado à Presidência do Conselho, a quem deverão ser encaminhados os processos após a decisão final do Plenário (art. 23 do Regimento Interno do CADE). Descumprida a decisão, no todo ou em parte, o fato será comunicado ao Presidente do CADE, que determinará ao Procurador-Geral que providencie sua execução judicial (art. 48). A decisão do CADE constitui título executivo extrajudicial (art. 60 da LDC) e sua execução será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou do domicílio do executado, *à escolha do CADE* (art. 64 da LDC). A parte final da norma de regência, porém, padece de flagrante inconstitucionalidade por ofensa ao art. 109, § 1º, da Carta Magna. Se as causas em que a própria União for autora serão aforadas na Seção Judiciária onde tiver domicílio a outra parte, é inconcebível que o CADE, autarquia integrante da Administração Pública indireta, tenha maiores privilégios e possa optar pelo foro que a ele mais lhe convém em detrimento do Administrado.

O processo de execução das decisões do CADE terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança (art. 68 da LDC). A essas deve-se acrescentar o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal), haja vista que as decisões do CADE não gozam de maior dignidade que o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ao Procurador-Geral do CADE caberá a execução judicial das decisões do CADE que imponham obrigações de fazer e não fazer (arts. 10, inciso

II, e 48 da LDC). Goza a decisão de execução específica (art. 461 do Código de Processo Civil). O art. 12, parágrafo único, da LDC, faculta ao CADE requerer ao Ministério Público Federal promover a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea *b* do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. O preceito, porém, conflita com a vedação ao Ministério Público Federal da representação judicial de entidades públicas (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), e, nesse particular, é inconstitucional. Ademais, a representação sugerida pela LDC exigiria Lei Complementar à sua admissibilidade.

Quanto à cobrança de multa será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (relativa à cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública) (art. 61 da LDC), carecendo, entretanto, a Procuradoria-Geral de legitimidade para figurar no polo ativo da execução, que, no caso, caberá à Procuradoria-Geral da União (PGU).

A dívida resultante da sanção pecuniária há de ser inscrita antes de executada. À guisa de regulamentação da cobrança das penalidades pecuniárias por ele imposta, pretendeu o CADE, ilegalmente, atribuir-se competência para sua inscrição na Dívida Ativa, mediante esdrúxulo procedimento instituído pela Resolução nº 9 do CADE, de 16 de julho de 1997. Ocorre que a dívida não pode ser inscrita no CADE pelo simples fato de que não é dela titular e não tem poder para efetuar a cobrança.

Estabelece o artigo 84 da Lei 8.884, de 1994 que o valor das multas previstas nesse diploma será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e *recolhido ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*, do qual constituirá recurso próprio. Trata-se do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça. A SDE funciona como Secretaria-Executiva do CFDD.

A multa, em sendo aplicada em decorrência de infração ou descumprimento da norma penal-econômica (ou mesmo administrativa), classifica-se como *receita derivada* do Poder Público, decorrente de relação de direito público disponível e, nessa condição, não pode ser repassada a outra pessoa jurídica (o CADE, sendo autarquia - art. 3º da LDC - tem personalidade jurídica própria e distinta da do Poder Público central)⁷². O fato de ser a multa arrecadada por um fundo - de qualquer forma administrado pelo Poder Público - em nada altera essa posição.

⁷² Oliveira, Régis Fernandes de, “Receitas Públicas Originárias”, Malheiros Editores, SP, 1994, p. 83

A razão da existência dos fundos é explicada por FÁBIO ULHOA COELHO: “Todos os recursos do Poder Público, tributários, não tributários, provenientes de crédito bancário, etc., são geridos, em regra, por sistema de caixa único. (...) Todo o dinheiro arrecadado pelo Poder Público é, por via de regra, utilizado para pagamento das despesas em geral, inexistindo vinculação necessária para a origem do pagamento e sua desatinação”⁷³.

Assim, constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação (art. 71 da Lei nº 4320/64). O fundo especial é uma exceção ao princípio da unidade de tesouraria⁷⁴.

Os fundos, portanto, não são pessoa jurídica, mas simples expedientes de direito financeiro, de utilização do recurso público, destinados à vinculação de determinadas receitas públicas a certas despesas públicas. Os valores correspondentes às multas aplicadas pelo CADE, com base na LDC, durante o exercício correspondente devem ser consignados como receita do FDD no orçamento da União⁷⁵. Quando utilizados, será a União Federal quem praticará o ato jurídico e realizará a despesa. A União, no caso, é o sujeito de direito e não o FDD, que sequer é órgão ou entidade despersonalizada⁷⁶.

Em outra ordem de idéias, em sendo da União a *titularidade* da multa cobrada pelo FDD, não tem o CADE legitimidade para inscrevê-la, em seu próprio nome. Por conseguinte, não pode igualmente cobrá-la e executá-la, devendo, na ilegal insistência, embora carecer da ação, arcar com os ônus da aplicação do princípio da sucumbência.

A inscrição da dívida ativa resulta em um ato administrativo autônomo, distinto do lançamento. Representa *conditio juris* à sua exigibilidade, conferindo-lhe presunção de liquidez e certeza⁷⁷. A decisão do CADE que comine obrigação de fazer ou de não fazer constitui, *ipso facto*, título executivo extrajudicial (art. 60 da LDC). Já aquela que aplica multa pecuniária, sendo executável judicialmente sob o rito da Lei nº 6.830/80 (art. 61 da LDC),

⁷³ Coelho, Fábio Ulhoa, “Direito Antitruste Brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94”, Saraiva, SP, 1995, pp. 152/153.

⁷⁴ Machado Júnior, J. Teixeira, “A Lei 4.320 Comentada”, *Instituto Brasileiro de Administração Municipal*, RJ, 1984, p. 136

⁷⁵ Coelho, Fábio Ulhoa, “Direito Antitruste Brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94”, Saraiva, SP, 1995, p. 153

⁷⁶ Coelho, Fábio Ulhoa, “Direito Antitruste Brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94”, Saraiva, SP, 1995, p. 154

⁷⁷ Moraes, Bernardo Ribeiro de, “Compêndio de Direito Tributário”, Companhia Editora Forense, RJ, 1987, pp. 787/788

exige um ato posterior, a inscrição, somente então resultando em um título obrigatório para cobrança mediante execução fiscal, tendo em vista a presença de certeza e liquidez⁷⁸.

O que se conclui, assim, é que a inscrição da dívida é um controle suplementar de legalidade dos lançamentos, instituído pelo legislador como compensação para a concessão à mesma administração do direito de formar os seus títulos executivos extrajudiciais⁷⁹.

Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores (art. 2º da Lei nº 6830/80). Sua inscrição, ato de controle administrativo de legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição (art. 2º, § 3º, da Lei nº 6830/80). Não sendo o CADE a autoridade competente, resta identificá-la, sabendo-se que o ato de inscrição deriva da lei ou do regulamento. Assim, a dívida ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional - PGFN (§ 4º do art. 2º da Lei nº 6830/80), o que levaria, num primeiro momento, à conclusão de que, mesmo as dívidas não tributárias, como as resultantes de multas aplicadas pelo CADE, deveriam ser inscrita naquela Procuradoria.

Entretanto, a Lei Complementar nº 73, de 1993 - regulamentando, aliás, preceito constitucional -, definiu as competências de modo diverso, estabelecendo que a Advocacia-Geral da União - AGU é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente (art. 1º). Compreende ela, como órgãos de direção superior, as Procuradorias-Gerais da União - PGU e a da Fazenda Nacional - PGFN (art. 2º, inciso I, alínea "a"). A PGU, por seu turno, subordina-se direta e imediatamente ao Advogado-Geral da União, incumbindo-lhe a representação judicial, nos termos e limites da referida Lei Complementar (art. 9º). Quanto à PGFN, é ela órgão administrativamente vinculado ao titular do Ministério da Fazenda, competindo-lhe especialmente, a apuração da liquidez e certeza da dívida ativa da União *de natureza tributária*, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial e a representação privativa da União na execução de sua dívida ativa *de caráter tributário* e nas causas de *natureza fiscal* (art. 12, incisos I, II e V).

Verifica-se, assim, que toda a atividade da PGFN é hoje restrita à *matéria tributária*, restando, neste ponto, alterado o § 4º do art. 2º da Lei nº 6830/80, no que toca à dívida ativa da União de natureza *não tributária*. Em-

⁷⁸ Nascimento, Carlos Valder do, "Dívida Ativa", Companhia Editora Forense, RJ, 1988, p. 52

⁷⁹ Grinberg, Mauro, "Dívida Tributária Inscrita", Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 29, Editora Saraiva, SP, 1977, p. 92

bora a previsão da competência da PGU não incluía expressamente a inscrição da dívida ativa não tributária, é certo que, divididas as funções entre a PGU e a PGFN, e sendo esta circunscrita à matéria tributária, obviamente àquela compete a inscrição da dívida ativa *não tributária* da União, como aquela resultante de multa aplicada pelo CADE.

Que as multas impostas pelo CADE têm essa natureza é inquestionável face ao disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Embora tratando-se de prestação pecuniária que se expressa em moeda, as multas aplicadas pelo CADE constituem sanção de atos ilícitos⁸⁰. A distinção entre o tributo e a multa reside precisamente no fato de que, na hipótese de incidência da norma de tributação não pode figurar a ilicitude enquanto que na hipótese de incidência da norma sancionatória ou punitiva a ilicitude é essencial⁸¹.

Ademais, as multas aplicadas pelo CADE não são instituídas por lei. Embora previstas na lei, não são aplicáveis *em decorrência da mesma lei*, até porque a lei não fixa valores, deixando-os ao critério do órgão aplicador. Ao contrário, a legislação tributária fixa os valores devidos como tributos, não havendo possibilidade da autoridade decidir para mais ou para menos; as multas tributárias são devidas independentemente de alguém declará-las devidas, o que não ocorre com as multas aplicadas pelo CADE.

As multas aplicadas pelo CADE também não decorrem de atividade administrativa plenamente vinculada, sendo, ao contrário, pelo menos em parte, resultantes de atividade discricionária. O poder da Administração é *vinculado* quando a lei não deixa opções ao Administrador; é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito⁸². Ora, pode o CADE aplicar multas ou não, podendo limitar-se à expedição de uma ordem de cessação, ou, se entender de impô-la, goza o órgão de enorme flexibilidade em sua dosimetria⁸³.

⁸⁰ Amaro, Luciano, “Direito Tributário Brasileiro”, Editora Saraiva, SP, 1997, pp. 18/19

⁸¹ Machado, Hugo de Brito, “O Conceito de Tributo no Direito Brasileiro”, Companhia Editora Forense, RJ, 1987, p. 59

⁸² Pietro, Maria Sylvia Zanella di, “Direito Administrativo”, Editora Atlas, SP, 1990, p. 161

⁸³ Coelho, Fábio Ulhoa, “Direito Antitruste Brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94”, Saraiva, SP, 1995, P. 87

Em suma: não tendo as multas aplicadas pelo CADE natureza jurídica tributária, sua inscrição (e cobrança) incumbe, exclusivamente, à PGU.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, João Carlos Pestana de - "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- ALMEIDA, J. Canuto Mendes de, "Processo Penal, Ação e Jurisdição", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.
- ALMEIDA, J. Canuto Mendes de, "Princípios Fundamentais do Processo Penal", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973.
- ALTAVILLA, "Manuale di Procedura Penale".
- AMARO, Luciano, "Direito Tributário Brasileiro", Ed. Saraiva, São Paulo, 1997.
- AREEDA, Phillip, "Antitrust Analysis", Little, Brown and Company, Boston, Ma., EUA 2ª edição, 1974.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente, "Curso de Direito Judiciário Penal", Ed. Saraiva, São Paulo, 1958.
- BARRETO, Tobias, "Estudos de Direito", 1951.
- BASTOS, Celso Ribeiro, "Comentários à Constituição Federal", obra em co-autoria com Ives Gandra Martins, vol. 2, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.
- BELLAMY e CHILD, Graham, "Common Market Law of Competition", 4ª ed., Ed. Sweet & Maxell, Londres, 1993.
- BEVILÁQUA, Clóvis, "Código Civil", vol. I, 1916.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, "O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil".
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido R., "Teoria Geral do Processo", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, "Motivo e Motivação do Ato Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- COELHO, Fábio Ulhoa, "Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei nº 8.884/94", Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.
- CRETELLA JR., J., "Comentários à Constituição Federal", vol. VIII, Forense Universitária, RJ, 1993.
- DELMANTO, Celso, "Crimes de Concorrência Desleal", USP, 1975.

- ESPINOLA Filho, Eduardo, "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1954.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da - "Lei de Proteção da Concorrência".
- FORGIONI, Paula A., "Os Fundamentos do Antitruste", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, "Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, "A Cláusula 'devido processo legal' e a Lei Antitruste Nacional", *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, vol. 104
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, "Introdução ao Direito da Concorrência", *Revista de Direito Econômico*, nº 21
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, "A lei Antitruste Brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE: Alguns Aspectos", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 88
- GRINBERG, Mauro, "Dívida Tributária Inscrita", Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 29, Ed. Saraiva, São Paulo, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, "Processo Constitucional em Marcha".
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, e GOMES FILHO, Antônio Magalhães, "As Nulidades no Processo Penal".
- HOVENKAMP, Herbert, "Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice", 1964.
- LAZARINI, Álvaro, "Do Procedimento Administrativo", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 135.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares, "Anotações sobre o Abuso de Direito", *Revista dos Tribunais*, vol. 667.
- MACHADO JR., J. Teixeira, "A Lei 4.4320 Comentada", Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1984.
- MACHADO, Hugo de Brito, "O Conceito de Tributo no Direito Brasileiro", Cia. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- MARQUES, José Frederico, "Elementos de Direito Processual Penal", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1961.
- MARQUES, José Frederico, "Manual de Direito Processual Civil", vol. I, 2ª edição, Bookseller, São Paulo, 1997.
- MEDAUAR, Odete, "A Processualidade no Direito Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, 1988 e 1989.
- MIRANDA, Pontes de, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo I.

- MIRANDA, Pontes de, "Tratado de Direito Privado", tomo XVII, 1971.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de, "Compêndio de Direito Tributário", Cia. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo, "Curso de Direito Administrativo", Cia. Ed. Forense, 1966.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do, "Dívida Ativa", Cia. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1988.
- NORONHA, E. Magalhães, "Curso de Direito Processual Penal", Ed. Saraiva, São Paulo, 6ª edição, 1973.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de, "Receitas Públicas Originárias", Malheiros Ed., São Paulo, 1994.
- OPPENHEIM, S. Chesterfield, WESTON, Glen E. e MCCARTHY, J. Thomas, "Federal Antitrust Laws", West Publishing Co., St. Paul, Minn., EUA, 4ª edição, 1981.
- PEREIRA, Edgard Antônio, SILVA, Eleni Lagroteria da, "Denúncia de Práticas Anticompetitivas", *Revista de Direito Econômico*, vol. 26.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, "Direito Administrativo", Ed. Atlas, São Paulo, 1990.
- PIMENTEL, Manoel Pedro, "A Figura do Assistente do Ministério Público no Direito Processual Brasileiro", *Revista Interamericana de Direito Processual Penal*, vols. 1/2.
- PRATES, Renato Martins, "O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado", *Revista de Direito Público*, vol. 86.
- SILVA, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- SILVA, Lúcia Helena Salgado e, "A Economia Política na Ação Antitruste", Singular, São Paulo, 1997.
- SULLIVAN, Lawrence Anthony, "Antitrust", West Publishing Co., - St. Paul, Minn., EUA, 1977.
- TEODORO JR., Humberto, "Processo de Conhecimento", tomo I, Ed. Forense, RJ, 1993.
- TOURINHO Filho, Fernando da Costa, "Processo Penal", Ed. Jalovi, Bauru, 5ª edição, 1979.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto, "Intervenção do Estado no Domínio Econômico", Ed. Renovar, 1998.
- KAYSEN, Carl e TURNER, Donald F., "Antitrust Policy - An Economic and Legal Analysis", Harvard Press, Cambridge, Ma., EUA 1959.

