

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES NA NOVA LEI DE CONCORRÊNCIA

CONSIDERATIONS ABOUT THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE FOR IMPOSITION OF SANCTIONS IN THE NEW COMPETITION'S LAW

Fabio Queiroz Pereira
Sarah Cristina Souza Guimarães

RESUMO

A Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Em razão da mudança de paradigma legislativo, faz-se importante uma reflexão sobre a nova abordagem de conteúdos jurídico e econômico então delineados. A par das profundas mudanças de ordem institucional e no controle de estruturas, variadas alterações de ordem procedimental foram concretizadas, havendo previsões de novas tipologias e alterações na forma como tramitam os processos administrativos para a imposição de sanções. O presente trabalho busca, assim, realizar uma análise sobre as questões processuais e procedimentais na análise de condutas supostamente anticoncorrenciais e na aplicação das respectivas sanções. Metodologicamente, procurou-se realizar um cotejo do atual corpo normativo com a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, anterior marco regulatório do direito concorrencial brasileiro. Em acréscimo, um diálogo com textos doutrinários foi empreendido, objetivando identificar as primeiras impressões acerca do tema, bem como levantar objeções e soluções para os pontos em que se constataram controvérsias.

PALAVRAS-CHAVE

Processo administrativo; nova lei de concorrência; CADE; imposição de sanções.

ABSTRACT

The Act n. 12.529, of November 30, 2011, restructured the Brazilian System of Competition Defense (SBDC). As a consequence of changes in the legislative paradigm, it is important to reflect on the new focus to economic and legal contents then outlined. Despite the profound modifications in the institutional order and structures control, various changes were implemented in procedural order, with new typologies and modifications in the way through the administrative procedures for imposing sanctions. The present study pursues an review on

process and procedural matters in the analysis of anticompetitive conduct and application of sanctions. Methodologically, we tried to carry out a comparison of the current set of rules with Act n. 8.884, of June 11, 1994, prior regulatory brazilian competition law. In addition, a dialogue with doctrinal texts was undertaken in order to identify the first impressions about the subject, as well as raise objections and solutions to points in which controversies were found.

KEYWORDS

Administrative procedure; new competition's law; CADE; imposition of sanctions.

INTRODUÇÃO

Com a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC¹ – ganhou nova estrutura, materializando, por consequência, variadas modificações no dinâmico processo de prevenção e repressão às infrações de ordem econômica. Ao lado das inovações verificadas em seu desenho institucional, como a reestruturação de seus órgãos de atuação, observa-se também a tentativa de transformar a apreciação das lides concorrenciais em uma atividade mais transparente, marcada pela inafastável celeridade que deve permear o trato da matéria econômica.

Historicamente, as questões envolvendo problemas concorrenciais apresentam-se em uma escala crescente². Revelou-se necessária a proteção do mercado por meio da promulgação de normas que impedissem comportamentos lesivos dos agentes, passíveis de causar prejuízos aos consumidores. Em paralelo, constatou-se ser imprescindível a proteção dos demais agentes, possibilitando um equilíbrio de forças em determinados mercados relevantes.

¹ Releva salientar que a sigla SBDC foi, inclusive, consagrada pelo novo instrumento legislativo: “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

² Relativamente ao crescimento da preocupação com as questões concorrenciais nos Estados Unidos, assinalam Viscusi, Harrington e Vernon (2005, p. 3): “Beginning with the post-Civil War era, there has been a substantial concern with antitrust issues. This attention was stimulated by a belief that consumers were vulnerable to the market power of monopolies. Because of the economic losses that result from monopolies, a number of states enacted antitrust laws at the end of nineteenth century. The U.S. Congress also was particularly active in this area in the early part of the twentieth century, and many of the most important pieces of legislation governing the current antitrust policy date back to that time. The major federal statute continues to be the 1890 Sherman Act”.

Assim, o direito concorrencial objetiva a manutenção de um adequado e salutar ambiente de transações econômicas, impedindo os abusos e a prática de atos que causem danos. Trata-se de um mecanismo de intervenção estatal que intenta limitar a liberdade dos agentes econômicos, de forma a criar um ambiente econômico mais justo e de amplo acesso³. A livre concorrência só se concretiza quando as normas possibilitam aos agentes a entrada, a permanência e a saída em um dado mercado.

O advento desse novo instrumento legislativo demonstra-se como mais uma conquista para os nossos mercados, que assistiram, nos últimos anos, a um verdadeiro processo de valorização do direito da concorrência. Como a mais importante norma correlata ao trato da matéria concorrencial, a nova legislação revela-se como instrumento apto a disciplinar a livre iniciativa em busca de um ganho global, tendo por base um grande plexo de aplicação material. Nesse contexto, acerca da importância da lei, assevera Adalberto Costa (2004, p. 103):

A lei estabelece, portanto, a aplicação material das normas da concorrência, nomeadamente a todos os sectores da actividade económica, sejam elas exercidas com carácter de permanência ou ocasional e para todos os sectores da actividade económica, isto é, para os sectores público, privado e cooperativo. Deste modo, vemos que o Direito da Concorrência se aplica a toda a universalidade da actividade económica, esteja esta ou não delimitada por sectores de actividade, não se indicando excepções relativamente a toda a economia. Neste particular, todas as profissões, todas as actividades económicas e profissionais estão submetidas à disciplina das normas do Direito da Concorrência. Do mesmo modo, o Direito da Concorrência aplica-se a todas as pessoas de direito privado e público.

Isso não significa, no entanto, que não estivéssemos guarnecidos por instrumentos legislativos aptos a proporcionar um salutar ambiente de concorrência entre os agentes do mercado. A Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, representa um importante marco no direito concorrencial brasileiro. A cultura da concorrência só se fez possível mediante a concretização pela doutrina e pela jurisprudência dos ideais elencados nesse instrumento normativo⁴. Somente com o surgimento de uma legislação forte e tecnicamente adequada fez-

³ Nesse contexto, assevera Adalberto Costa (2004, p. 94): “No mercado aberto, num mercado onde todos os agentes económicos têm juridicamente liberdade para agir na prossecução dos seus interesses, a concorrência aparece como contraponto disciplinador da actividade de cada um deles, promovendo por outro lado a convergência dos esforços de cada um para a melhoria dos resultados úteis a obter pela actividade em sentido geral, isto é, para a melhoria do resultado da actividade, do sector em toda a economia”.

⁴ Nesse contexto, Luiz Carlos Delorme Prado (2012, p. 112) aduz: “A lei 8.884/94, quando foi promulgada, era a mais completa, abrangente e eficaz legislação de defesa da concorrência brasileira. No entanto, o Brasil não tinha tradição na aplicação de política antitruste e o texto legal precisava ser interpretado e amadurecido, pela jurisprudência e pela doutrina. Nos dezessete anos de sua vigência, as decisões dos vários plenários do CADE, os livros e artigos de vários juristas e economistas e, ainda, os argumentos trazidos a juízo pelos advogados e consultores nos diversos casos polêmicos analisados fizeram esse trabalho”.

se possível o fortalecimento do CADE, levando a um maior grau de legitimação e importância de suas decisões, tanto em processos administrativos, quanto em atos de concentração. Acerca desse contexto, Gesner Oliveira (2001, p. 3) discorre:

Com a estabilização dos preços obtida pelo Plano Real, foi possível deslocar a ênfase da política sobre aspectos estruturais, abrindo uma nova etapa, na qual preponderou a defesa da concorrência sobre a vertente intervencionista de defesa da economia popular. A Lei n. 8.884, de junho de 1994, constitui marco nessa transformação ao: restabelecer o poder de decisão de um conselho de caráter técnico como o CADE, restringindo a atuação da administração central à instrução dos processos por intermédio de órgão sucedâneo da SNDE, a SDE; conferir maior grau de autonomia ao CADE com a sua transformação em autarquia com poderes de decisão em última instância no plano administrativo e criação de mandato de dois anos para os seus membros; introduzir o controle de atos de concentração ao amparo do art. 54 da referida lei.

Ademais, a Constituição da República de 1988 já havia consagrado a livre concorrência e a defesa do consumidor como princípios gerais da atividade econômica. Nesse contexto, verifica-se que não se trata apenas de proteger a livre concorrência por meio de medidas repressivas. Como assinalado por Isabel Vaz (1993, p. 273), “trata-se de uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e a convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica e social”.

Não obstante a consagração constitucional e a legislação existente, fez-se necessária a adaptação das regras concorrenciais a novas contingências surgidas⁵. Questões de ordens material e processual foram surgindo no curso dos dezessete anos em que a Lei nº 8.884/94 esteve em vigor. As demandas de direito concorrencial, que, inicialmente, estavam centradas no controle de estruturas, por meio dos atos de concentração, mudam seu cerne para o controle de condutas. A experiência antitruste demonstrou que as condutas anticoncorrenciais têm um imenso potencial lesivo, devendo ocupar o centro das preocupações do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

A nova lei concorrencial objetiva, portanto, fortalecer a concorrência no Brasil. O momento para a sua promulgação revela adequação, tendo em vista a maturidade que demonstra agora possuir o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A par da

⁵ Sobre as mudanças relativas às políticas anticoncorrenciais: “The current structure of antitrust policies is diverse in character and impact. The overall intent of these policies has not changed markedly over the past century. Their intent is to limit the role of market power that might result from substantial concentration in a particular industry. What has changed is that the concerns have shifted from the rise of single monopolies to mergers, leveraged buyouts, and other financial transactions that combine and restructure corporations in a manner that might fundamentally influence market behavior” (VISCUSI; HARRINGTON JR; VERNON, 2005, p. 4).

significativa mudança em seu desenho institucional, é importante que sejam objeto de estudo as questões processuais e procedimentais, bem como as consequências oriundas das modificações nos mecanismos de controle da concorrência.

O presente trabalho tem por escopo a análise das modificações introduzidas pela nova lei da concorrência no âmbito do processo administrativo para a apuração e sanção de infrações à ordem econômica. Nesse intuito, serão abordadas algumas questões teóricas relativas às terminologias “processo” e “procedimento” adotadas pela norma. Em paralelo, algumas questões práticas, suscitadas por modificações pontuais no texto da lei, serão abordadas, quais sejam as novas tipologias relativas aos procedimentos administrativos, o inquérito administrativo e o processo administrativo para a imposição de sanções, propriamente dito.

1 PROCESSO E PROCEDIMENTO

A Lei n. 12.529/11, no art. 48, apresenta o rol dos procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica. O dispositivo inaugura o Título VI, denominado “*Das diversas espécies de processo administrativo*”. Nesse ponto, a nova legislação utiliza-se das nomenclaturas *processo* e *procedimento*, sendo necessária uma análise pontual de modo a evitar conflitos de ordem terminológica.

Assim, importa ressaltar a dedicação da doutrina para apurar a distinção entre os termos processo e procedimento. Usualmente, se atribui maior abrangência ao conceito de processo, entretanto, o desenvolvimento da teoria procedimentalista propõe o inverso, ou seja, opta por privilegiar o conceito de procedimento.

Costuma-se afirmar, em conformidade com a teoria instrumentalista, que o processo é uma relação jurídica instaurada quando existe um conflito de interesses, o qual se pretende ver solucionado com a observância necessária de um procedimento. O procedimento seria uma sucessão de atos jurídicos interligados, e predispostos em uma sucessão lógica, determinando o itinerário a ser seguido para o alcance de um fim específico. Nesse passo, processo seria o resultado da soma da relação jurídica e do procedimento (Cf. MARÇAL, 2011, p. 310).

Diferentemente desse primeiro cenário, a teoria procedimentalista, desenvolvida por Elio Fazzalari, representa uma mudança paradigmática em termos doutrinários, ao propor a

inversão dos lugares originariamente ocupados pelo processo e pelo procedimento. Segundo Fazzalari, o processo seria uma espécie do gênero procedimento, qualificado pela participação paritária dos destinatários na construção do provimento final (fechamento do procedimento) (Cf. LEAL, 2011, p. 76-78).

A teoria procedimentalista, proposta pelo autor italiano, concebe o procedimento como uma sequência lógico-jurídica de atos, que se propõe a alcançar um provimento final, coercitivo para os seus destinatários. Caso aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos participem do procedimento, e caso essa participação se dê em simétrica paridade, então, o procedimento compreenderá o contraditório, se fazendo mais articulado e complexo, configurando, por isso, a espécie processo (FAZZALARI, 2006, p. 94).

A ausência de contraditório em determinados procedimentos não os torna ilegais. Isso porque existem modalidades de procedimentos nos quais a supressão momentânea ou o adiamento da oportunidade de manifestação paritária das partes se fazem necessários, por questões de sigilo da informação e para a conclusão das investigações.

Nesse contexto, procedimentos dos quais possa resultar a aplicação de sanções, só se mostram lícitos quando for dada oportunidade de manifestação prévia daquele que potencialmente terá sua esfera jurídica afetada, para que possa, de alguma forma, influenciar o resultado da decisão, ou seja, devem constituir processo.

Apesar de ainda serem amplamente encontradas na doutrina referências à teoria instrumentalista, se mostra esclarecedora a consideração exposta pela teoria procedimentalista, uma vez que:

[...] face ao discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais qualidade que deve ser incorporada ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o contraditório conquista teórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo (LEAL, 2011, p. 69-70).

Ademais, essa é a teoria que se mostra consentânea face ao direito fundamental assegurado no inciso LV do art. 5º da Constituição da República: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse sentido, se mostra acertada a disposição dos termos *espécies de processo e procedimentos* encontrados, respectivamente, no título VI e no *caput* do art. 48 da Lei n.

12.529/11. Evidente que, por ser o título um tópico mais abrangente do que o capítulo, melhor seria a referência ao gênero *procedimento* também naquele, entretanto, o qualificativo *espécies* usado para se referir a *processo* já se mostra esclarecedor, e de acordo com a teoria procedimentalista.

De se ver que não há certo e errado no que se refere às teorias instrumentalista e procedimentalista. São, em verdade, concepções teóricas distintas sobre o mesmo tema. Assim, e em sentido contrário, adotando a teoria instrumentalista, o Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca (2012, p. 56), valendo-se dos conceitos de Hely Lopes Meirelles e Humberto Theodoro Júnior, para afirmar:

A nova lei instaura uma confusão num reino onde já dominava uma perfeita ordem e tranquilidade. Desde muito tempo, a doutrina processual sedimenta a distinção conceitual entre processo e procedimento. E no texto da Lei nº 12.529/11 pode-se perceber um desconhecimento dessa distinção.

De fato, a depender da teoria adotada, se afere o erro ou o acerto do legislador. Entretanto, nesse momento, lançamos mão das palavras de Elio Fazzalari, e da teoria procedimentalista para afirmar o acerto técnico da lei no ponto.

2 DAS TIPOLOGIAS RELATIVAS AOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

O art. 48 traz as tipologias em sede de procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica. São eles:

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

Desdobrando o gênero procedimento administrativo referido no *caput*, encontram-se as seguintes espécies: procedimento (incisos I e V), inquérito (inciso II), e processo (incisos III, IV, VI).

Nesse momento, se retoma a ideia da teoria procedimentalista, segundo a qual o procedimento seria o gênero de uma sequência lógica de atos concatenados que, quando qualificado com a possibilidade de participação paritária dos envolvidos na construção do provimento final, configura a espécie processo.

A partir desse ponto, chega-se a constatação de que a lei, nas duas primeiras espécies de procedimento, quais sejam, *procedimento* e *inquérito*, não se utiliza do contraditório. Já, na última espécie, as partes terão garantida a oportunidade de manifestação em *simétrica paridade*.

Dessa forma, constatamos a distribuição técnica dos procedimentos administrativos no art. 48 da Lei n. 12.529/11, e a correção do legislador no art. 49, quando recupera o gênero *procedimento* para, em seguida, expressamente se referir às espécies *inquérito* e *processo* (incisos II, III, IV, VI).

Depois de versar sobre as disposições gerais no Capítulo I do Título VI, encabeçado pelo artigo 48, a lei trata no Capítulo II sobre o processo administrativo no controle de atos de concentração econômica, no Capítulo III acerca do inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e do procedimento preparatório e, no Capítulo IV aborda o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

Comparando as denominações dos capítulos que compõe o Título VI, com o rol de procedimentos administrativos apresentado nas *disposições gerais*, é possível constatar que o Capítulo II não encontra correspondência exata com os incisos do art. 48, mas trata do tema compreendido nos incisos IV e V. Já o Capítulo III corresponde, da forma como está redigido, primeiramente ao inciso II e, em seguida, ao inciso I do art. 48. Por fim, o Capítulo IV cuida do inciso III do mencionado dispositivo.

Isso demonstra que a lei não analisou de forma sequencial e lógica cada uma das modalidades de procedimento descritas no rol do art. 48, como era de se esperar, em conformidade com a melhor técnica legislativa.

A desordem lógica dos procedimentos pode ser confirmada a partir do Capítulo II. Além de fugir à sequência apresentada nas *disposições gerais*, o título dado ao capítulo não guarda exata correspondência textual com nenhum dos incisos do art. 48, e menciona a espécie “*processo*”, termo que não se mostra o mais adequado tendo em vista o fato de o capítulo vir a tratar tanto da própria espécie “*processo*” (inciso IV), quanto do gênero “*procedimento*” (inciso V).

Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca (2012, p. 59):

O capítulo II ao tratar “do processo administrativo no controle de atos de concentração econômica” estaria reunindo ou suprimindo algum dos itens

que preveem esta questão no artigo 48? Com efeito, o item IV estabelece o “processo administrativo para análise de ato de concentração econômica” e o item V dispõe sobre o “procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica”. O título do capítulo II estaria reunindo as duas figuras – “análise” e “apuração” – ou suprimindo o valor significativo de cada uma delas?

Ainda, uma análise detida das disposições do Capítulo II confirma que a lei tratou apenas do *processo administrativo para análise de ato de concentração econômica* (inciso IV), não abordando o tema relativo ao *procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica* (inciso V).

Por fim, também sobre os atos de concentração (tema do Capítulo II), nota-se que a lei tratou do procedimento relativo a esses atos entre os artigos 53 e 65, isto é, antes de explicar as condutas tipificadoras dos atos de concentração, as quais são tratadas posteriormente, entre os artigos 88 e 91. Isso denota um privilégio da norma adjetiva em detrimento da norma substantiva, em outras palavras, “o legislador colocou em primeiro plano o processo, deixando para um segundo a conceituação da realidade que dá movimento àquele processo” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2012, p. 60).

3 DO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Na sequência, o Capítulo III discorre sobre o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e do procedimento preparatório. Já em sua denominação, constata-se um equívoco, por não haver correspondência lógica com os procedimentos administrativos apresentados no art. 48. Nesse sentido, assevera João Bosco Leopoldino da Fonseca (2012, p. 61):

Com efeito, o inciso I do artigo 48 dispõe sobre o “procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica” e logo a seguir o inciso II do mesmo artigo cria o “inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica”. Vê-se que o legislador coloca em primeiro plano o “procedimento preparatório de inquérito” e logo num segundo plano o “inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica”.

Escapando à ordem lógica inicialmente apresentada, o legislador se referiu, no título do Capítulo III, primeiro ao inquérito e, posteriormente, ao procedimento preparatório. Nessa mesma sequência, contrária ao rol do art. 48 e à ideia de que o procedimento preparatório de inquérito antecede o próprio inquérito, o art. 66 trata do inquérito, sendo o procedimento

preparatório abordado entre os parágrafos desse capítulo, não existindo um tratamento específico e em separado do tema.

A Lei n. 8.884/94 trazia, no seu esquema geral de procedimento administrativo, as investigações preliminares, previstas no art. 30 e no art. 31. Essa etapa preliminar era promovida pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE, de ofício ou mediante representação escrita, quando houvesse indícios de infração à ordem econômica, mas que não fossem, ainda, suficientes para a instauração de processo administrativo. Concluída a averiguação preliminar, o Secretário determinava a instauração do processo administrativo ou ordenava o arquivamento, hipótese na qual era gerado recurso de ofício ao CADE.

Na nova lei, o legislador desdobrou esse procedimento em dois, quais sejam, “*procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*” e “*inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*”, que correspondem aos incisos I e II do art. 48, respectivamente. Essa multiplicação de procedimentos é um tema polêmico, e já recebeu críticas em sentidos divergentes na doutrina.

Relativamente ao procedimento preparatório, consta no parágrafo 2º do art. 66 que “*a Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei*”. Ou seja, trata-se de um procedimento preparatório, criado com a finalidade específica de aferir a competência do SBDC para a análise da conduta. Entretanto, como observa o João Bosco Leopoldino da Fonseca (2012, p. 62), *para decidir tal questão, o Superintendente-Geral deverá verificar se esta conduta constitui infração à ordem econômica. Mas, para fazer esta verificação, terá que adentrar, mesmo que superficialmente, a questão de mérito*. Para o referido autor, a criação do procedimento preliminar significou apenas tratar com um nome diferente o mesmo objeto de investigação que se analisa com a instauração do processo administrativo.

Analisando esse fenômeno do desdobramento de procedimentos, mas sob outro ponto de vista, Vinicius Marques de Carvalho e Ticiano Nogueira da Cruz Lima (2012, p. 241) afirmam:

[...] merece destaque a criação do Procedimento Preparatório. Esse procedimento supre uma lacuna do regime atual ao regulamentar a apuração de casos em que não é clara a competência do CADE. Resolve-se, assim, um problema de realidade de formas. Instada a se manifestar sobre determinada denúncia, a administração não mais precisará instaurar procedimento para a

apuração de infração à ordem econômica sem que esteja, de fato, estabelecido tratar-se o fato de matéria de sua competência.

Assim, o procedimento preparatório de inquérito parece surgir com o intuito de dar celeridade na solução das questões que, vigorosamente, não se mostram como sendo da competência do SBDC. Mas, por outro lado, caso seja necessário tangenciar o mérito para solucionar tais questões, já não haverá distinção entre o procedimento preparatório e o próprio processo administrativo. Acreditamos que o tempo será o melhor indicador da real utilidade do desdobramento procedimental trazido pela Lei n. 12.529/11.

Ainda, o parágrafo 4º do art. 66 determina que *“do despacho que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou seu arquivamento, caberá recurso de qualquer interessado ao Superintendente-Geral, na forma determinada em regulamento, que decidirá em última instância”*. Trata-se de uma novidade da lei, uma vez que, como acima mencionado, o regime anterior previa o recurso de ofício do Secretário da SDE ao CADE, na hipótese de determinação do arquivamento da averiguação preliminar.

De se ver que, agora, a decisão emanada da Superintendência-Geral poderá ser objeto de recurso do interessado, ou seja, foi extinto o recurso de ofício. Ao invés do recurso de ofício, abre-se a possibilidade de o Conselheiro provocar o Tribunal para que esse determine a avocação do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo, arquivado pela Superintendência-Geral.

Por fim, importante ressaltar que o órgão decisor do recurso é o mesmo prolator da decisão recorrida, conforme previsto no parágrafo 4º do art. 66. Assim, a Superintendência-Geral delibera, ela mesma recebe o recurso, e o Superintendente-Geral decide em última instância. Ou seja, denota-se de tal mecanismo uma absoluta incongruência ao não se admitir a reapreciação do mérito por um órgão distinto do que primeiramente prolatou a decisão.

4 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

O processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica perpassou por algumas mudanças com a promulgação da nova legislação. Algumas dessas alterações demonstram maior destaque, podendo gerar grandes repercussões práticas no trâmite dos feitos junto ao Tribunal administrativo.

O art. 69 inaugura o capítulo relativo ao processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, propriamente dito. Apesar da redação inadequada⁶, o dispositivo versa sobre a necessária ampla defesa, explicitando, assim, a garantia constitucional a permear todos os atos processuais, sejam eles administrativos ou judiciais. Além disso, o mesmo artigo estabelece a nota técnica final do inquérito administrativo como peça inaugural do processo. No entanto, os elementos que deverão constar do despacho que determina a instauração do processo administrativo não estão previstos na lei, sendo tratados, em verdade, pelo novo Regimento Interno do CADE (Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012):

Art. 147. Do despacho que determinar a instauração do processo administrativo, deverão constar os seguintes elementos:

I - indicação do representado e, quando for o caso, do representante;

II - enunciação da conduta ilícita imputada ao representado, com a indicação dos fatos a serem apurados;

III - indicação do preceito legal relacionado à suposta infração; e

IV - determinação de notificação do representado para apresentar defesa no prazo legal e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas.

O art. 70 traz algumas modificações relativas à instauração do processo administrativo. Já em seu *caput*, o dispositivo estabelece o prazo de trinta dias para a apresentação de defesa, ampliando o termo previsto pela Lei n. 8.884/94⁷. Em acréscimo, no parágrafo 5º, é prevista a possibilidade de dilação do prazo por mais 10 dias, mediante requisição do representado. Nesse ponto, é importante destacar que o Regimento Interno do CADE vincula a ampliação do prazo à complexidade do caso. Assim, caberá ao Superintendente-Geral, ao Superintendente-Adjunto ou a quaisquer dos Coordenadores-Gerais de Análise Antitruste decidir sobre o requerimento de dilação de prazo apresentado pelo representado⁸.

⁶ Acerca da redação do aludido dispositivo, João Bosco Leopoldino da Fonseca (2012, p. 64) apresenta algumas críticas: “E este artigo 69 vem dizer que <<o processo administrativo... visa a garantir ao acusado a ampla defesa...>> Esqueceu-se o legislador do que disse no inciso III do artigo 48: <<o processo administrativo para imposição de sanções administrativas...>> A finalidade, ali ditada, é a de impor sanções administrativas. No artigo 69, a finalidade do processo administrativo é <<garantir ao acusado a ampla defesa...>> Nem uma coisa, nem outra. A finalidade do processo é de dirimir controvérsias, de apurar a existência de infração à lei, de apurar a configuração de infrações contra a ordem econômica. O direito à ampla defesa é uma garantia constitucional que se superpõe a todo o direito processual. Ele não é uma finalidade do processo administrativo”.

⁷ Art. 33. O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de quinze dias.

⁸ Art. 152. O representado poderá requerer a dilação do prazo para apresentação de defesa por até 10 (dez) dias, improrrogáveis, quando assim o exigir a complexidade do caso. §1º O requerimento de dilação de prazo, devidamente justificado, deverá ser apresentado antes do vencimento do prazo para defesa previsto no artigo 151. §2º A decisão sobre o requerimento de dilação de prazo será tomada pelo Superintendente-Geral, pelo Superintendente-Adjunto, ou por quaisquer dos Coordenadores-Gerais de Análise Antitruste.

Ainda em relação ao art. 70, a nova lei concorrencial buscou diminuir as formalidades que permeavam a notificação inicial do representado, contemplando a possibilidade de ser realizada a notificação por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado. Desse modo, o CADE não mais está adstrito somente à notificação via correio com aviso de recebimento e, na hipótese de sua frustração, à utilização de edital no Diário Oficial da União. Por outro lado, a lei não contemplou a forma como deve ser realizada a notificação de representados residentes em outros países. Nesse ponto, o novo Regimento Interno buscou sanar a aludida omissão, prevendo o uso de mecanismos de cooperação internacional ou mesmo a notificação postal direta, quando os representados residirem em países que a aceitem⁹.

A Lei n. 8.884/94 previa, no parágrafo 4º de seu art. 33, que o representado poderia acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado. O novo texto legislativo, no parágrafo 4º de seu art. 70, manteve a possibilidade de o acusado acompanhar de forma direta – por intermédio de seu titular, diretores ou gerentes – o processo administrativo para imposição de sanções, mantendo a representação como uma faculdade aberta ao acusado. No entanto, observa-se que a nova redação dada ao dispositivo substituiu a expressão *advogado legalmente habilitado* simplesmente pela palavra *procurador*. Assim, partindo do postulado hermenêutico segundo o qual a lei não utiliza palavras inúteis, o novo texto demonstra ter dado espaço para a atuação de outros profissionais no âmbito dos processos administrativos concorrenciais. Pela nova dicção legal, quando o representado optar por outorgar procuração, no intuito de ser defendido administrativamente, não mais deverá se restringir à classe advocatícia, podendo se socorrer de outros profissionais, como, por exemplo, os economistas.

Observa-se uma preocupação acentuada com a fixação de prazos processuais, tendo por objetivo a certeza e a segurança para as partes envolvidas em um processo administrativo. Ademais, a previsão de prazos, desde que acompanhados da sua correspondente obediência,

⁹ Art. 149. A notificação inicial do representado conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo, da nota técnica acolhida pela decisão e da representação, se for o caso, e será feita por uma das seguintes formas: I - por correio, com aviso de recebimento em nome próprio; II - por outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado; ou III - por mecanismos de cooperação internacional. §1º Frustrada a tentativa por via postal ou o cumprimento do pedido de cooperação internacional, a notificação será feita por edital publicado no Diário Oficial da União e, pelo menos, 2 (duas) vezes em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, caso esta informação seja de conhecimento da autoridade, devendo ser determinado prazo para a parte comparecer aos autos, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias. §2º No caso da notificação de representados que residam em países que aceitam a notificação postal direta, a notificação internacional poderá ser realizada por correio com aviso de recebimento em nome próprio.

leva ao incremento da celeridade no trâmite processual. Contudo, os relativos prazos são denominados impróprios, conforme acentuado por Leonor Cordovil (2012, p. 178):

Não há disposição legal que diga que a não observância dos prazos acarretará o arquivamento do procedimento, sem condenação dos representados. Sendo assim, assume-se que os prazos destes Capítulos são impróprios, ou seja, não geram consequências processuais, mas apenas disciplinares. Contudo, mesmo sendo prazos impróprios, ou seja, que não acarretam, por falta de previsão legal expressa, prejuízo à decisão final do CADE, é certo que tais prazos não podem ser indefinidamente alongados.

Acrescenta-se que os prazos apresentados pela lei não demonstram uniformidade. Em alguns dispositivos, fala-se em *dias úteis* (como no prazo previsto no *caput* do art. 72). Em outros momentos, as previsões normativas reduzem-se, simplesmente, à locução *dias* (como na norma contida no art. 75), denotando tratar-se de dias corridos. É possível constatar, assim, a ausência de técnica legislativa adequada, que prime pela identidade de tratamento a determinados temas pela nova lei concorrencial.

Ainda com relação aos prazos, uma importante modificação se deu com relação à ausência de previsão de prazo para a realização de diligências e a produção de provas. O parágrafo primeiro, do art. 35 da Lei n. 8.884/94, versava que “*as diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade*”. Seguindo caminho oposto a esse dispositivo, a nova lei concorrencial não fez qualquer alusão concernente a limites temporais para o encerramento de fase de instrução do processo administrativo. Essa omissão legislativa talvez tenha se dado em razão do constante desrespeito ao prazo, previsto pela antiga norma, por parte da SDE (Cf. GIANNINNI; et al., 2012, p. 236).

Outra modificação relevante está na ausência de obrigatoriedade de submissão do processo à Procuradoria. A redação dada ao art. 75 possibilita ao Conselheiro-Relator decidir sobre a submissão ou não do processo à manifestação da Procuradoria Federal junto ao CADE, consubstanciando, portanto, decisão discricionária. Importante destacar que o novo Regimento Interno apresenta como órgão consultor, além da Procuradoria Federal junto ao CADE, o Ministério Público Federal. Cada um desses órgãos terá o prazo de 20 (vinte) dias para apresentar as manifestações solicitadas pelo Conselheiro-Relator¹⁰.

¹⁰ Art. 157. Recebido o processo, o Presidente do Tribunal o distribuirá, por sorteio, ao Conselheiro-Relator, que poderá solicitar a manifestação do Ministério Público Federal e/ou da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade. §1º O Ministério Público Federal e a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade terão, cada qual, o prazo de 20 (vinte) dias para apresentarem as manifestações solicitadas pelo Conselheiro-Relator. §2º O

Com relação à decisão do Tribunal em processo administrativo para a imposição de sanções administrativas, o art. 79 traz os elementos que a mesma deve conter. As suas disposições em tudo se assemelham ao art. 46, da Lei n. 8.884/94, excetuando o fato de acrescentar um novo inciso, prevendo a necessidade de constar da decisão multa em caso de descumprimento das providências estipuladas. Tal modificação se faz importante de modo a apenar o condenado com multa pecuniária em razão do não cumprimento de importantes obrigações de fazer. Nesse sentido:

Com a vigência da Lei, também deverá constar na mencionada decisão do Tribunal a definição de uma multa em caso de descumprimento das providências estipuladas pelo CADE quando do julgamento do processo. Significa, que o representado em um processo administrativo, além da possibilidade de ser sancionado com a aplicação de uma sanção (multa) pela prática de infrações contra a ordem econômica e de multa diária caso permaneça realizando tal prática após a decisão do Tribunal, também poderá ser apenado com uma multa adicional, diversa das anteriores, caso não cumpra as determinações e providências (i.e., as obrigações de fazer) do CADE para que cessem os efeitos tidos como prejudiciais à concorrência (GIANNINI; et al., 2012, p. 245).

Por fim, como salientado, os prazos apresentados no capítulo referente ao processo administrativo são impróprios, uma vez que não levam ao arquivamento do processo, isentando o representado de condenação. No entanto, é importante ressaltar que a nova lei concorrencial, em seu art. 82, foi expressa no que concerne à apuração de responsabilidades, nas searas administrativa, civil e criminal, dos membros do CADE, bem como de seus servidores, pelo não cumprimento dos prazos elencados pela norma. Assim, só se pode admitir o não cumprimento de prazos, quando forem apresentadas as necessárias justificativas, com suas respectivas comprovações¹¹.

CONCLUSÃO

A Lei 12.529/11 revela-se como instrumento originado do desenvolvimento e amadurecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Os avanços técnicos e doutrinários na análise antitruste revelaram algumas deficiências na norma que regia a matéria, fazendo com que se reconhecesse a necessidade de surgimento de uma legislação moderna, consentânea com o atual cenário econômico. Desse modo, percebe-se, por meio da

pedido dos pareceres previstos no caput não implicará suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo.

¹¹ Art. 82. O descumprimento dos prazos fixados neste Capítulo pelos membros do Cade, assim como por seus servidores, sem justificativa devidamente comprovada nos autos, poderá resultar na apuração da respectiva responsabilidade administrativa, civil e criminal.

intervenção indireta, uma nova forma de atuação do Estado na prevenção e repressão às infrações à livre concorrência.

A par das profundas mudanças de ordem institucional e no controle de estruturas, variadas alterações de ordem procedimental foram concretizadas, havendo previsões de novas tipologias e alterações na forma como tramitam os processos administrativos para a imposição de sanções.

Nota-se que, a nova legislação, ao dispor sobre os procedimentos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, se mostra tecnicamente ajustada desde que interpretada sob a perspectiva da teoria procedimentalista, por ser essa uma doutrina que sugere o procedimento como gênero de uma sequência lógica de atos concatenados, e o processo como espécie qualificada pelo contraditório.

Apesar do acerto técnico do legislador na apresentação do esquema geral de procedimentos, exposto no art. 48, não foi seguida uma ordem lógico-jurídica no tratamento específico de cada procedimento. Pelo contrário, eles foram detalhados em uma ordem aleatória, sendo que alguns não foram objeto de delineamento específico pelo legislador, como, por exemplo, o inciso V do art. 48.

Sobre o inquérito administrativo – tratado anteriormente, na Lei n. 8.884/94, como investigações preliminares –, a Lei n. 12.529/11 o desdobrou em duas tipologias, quais sejam, “*procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*” e “*inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*”. Esse desdobramento padece de algumas críticas por parte da doutrina, porém o primeiro procedimento tende a possuir somente a finalidade de aferir a competência do SBDC para a análise de condutas, dando celeridade na aferição da competência do órgão.

Ainda com relação ao inquérito, o recurso de ofício do Secretário da SDE ao CADE, na hipótese de determinação do arquivamento da averiguação preliminar foi extinto, mas poderá ser objeto de recurso do interessado ou advogado ao Tribunal por iniciativa do Conselheiro. Sendo o órgão a decidir o recurso o mesmo que prolatou a decisão recorrida, o mecanismo rejeita a reapreciação do mérito por um órgão distinto do que primeiramente proferiu a decisão.

O processo administrativo para a imposição de sanções por infração à ordem econômica passou, também, por algumas modificações importantes. Nesse ponto, destacam-se o reconhecimento, de maneira expressa, do princípio da ampla defesa, além da diminuição das

formalidades que caracterizavam a notificação inicial do representado. Além disso, apesar de uma pequena omissão, a nova lei demonstra uma grande preocupação com os prazos processuais, buscando concretizar a necessária segurança jurídica e a celeridade no julgamento das lides concorrenciais. Como visto, mesmo se tratando de prazos impróprios, foi prevista a responsabilidade dos membros do CADE e de seus funcionários, pelo descumprimento dos termos previstos na lei, nos âmbitos administrativo, civil e penal.

Assim, a Lei n. 12.529/11 vem materializar um novo cenário procedimental para a resolução de problemas de ordem concorrencial. As novidades inseridas no âmbito do inquérito administrativo e do processo administrativo, propriamente dito, seguem a lógica da celeridade, tentando oferecer aos representados maior segurança jurídica no trâmite das demandas envolvendo condutas que possam prejudicar a ordem econômica. Para algumas questões, contudo, ainda não se tem resposta exata, restando à prática no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência definir os contornos materiais e processuais das lides envolvendo a matéria antitruste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Vinícius Marques de. LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. “O novo SBDC e a implementação da política brasileira de defesa da concorrência na análise de condutas anticompetitivas”. In **A nova lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

CORDOVIL, Leonor; et. al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COSTA, Adalberto. **Regime legal da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GIANNINI, Adriana Franco; et al. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Coord. Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto, Vicente Bagnoli. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Considerações sobre o processo administrativo. In: FARINA, Laércio; et al. (Org.) **A nova lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência**: panorama no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2001.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. “Infrações da ordem econômica e legislação de defesa da concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica”. In: FARINA, Láercio; et al. (Org.). **A nova lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.. **Economics of regulation and antitrust**. 4. ed., Cambridge: Mit Press, 2005.