

Responsabilidade administrativa do empresário na concorrência

Ana Cristina Paulo Pereira¹

Sumário : 1. Os diferentes níveis de responsabilização do empresário. 2. Os sujeitos de direito submetidos à lei da concorrência. 3. As infrações da ordem econômica. 4. Do processo administrativo. 5. A defesa do representado em juízo.

1. Os diferentes níveis de responsabilização do empresário

No âmbito de uma economia liberal, pautada na liberdade de iniciativa, não se admite que a concorrência venha a ser distorcida ou limitada por práticas consideradas desleais ou ilícitas. Portanto, cabe ao Estado assegurar aos agentes econômicos igual e real possibilidade de participar do mercado; somente fatores relativos à eficiência da empresa (que repercutem na qualidade e no preço do produto ou do serviço) devem contribuir para que o produto obtenha a escolha do consumidor.

São de natureza diversa os atos que podem afetar a concorrência. Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro prevê, além da responsabilização administrativa do empresário, sobre a qual retornaremos com maior profundidade no decorrer deste trabalho, a responsabilização cível e penal do mesmo, uma não excluindo a outra.

Confirmando o exposto, o artigo 19 da Lei antitruste brasileira² prevê que a repressão das infrações no âmbito administrativo não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei. Assim, a responsabilização administrativa do empresário por infração contra a ordem econômica é totalmente independente das responsabilidades civil e penal, em razão da mesma conduta; e nem poderia ser de outra forma já que o CADE não é competente para julgar os conflitos entre partes privadas, assim como não tem legitimidade para defender interesses individuais, ainda que se trate de causas de concorrência desleal.

1 Doutora em Direito Internacional do comércio pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbone), Professora Convidada da Faculdade de Direito da UFRJ.

2 Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

A responsabilização simultânea do empresário nas três esferas acima referenciadas é perfeitamente justificável, visto que, em primeiro lugar, o direito da concorrência é, por essência, ramo do Direito Público, para o qual não existe qualquer interesse nas querelas privadas; segundo porque a legislação antitruste, ao nosso ver, constitui um instrumento de implementação da política econômica do Estado, sendo assim um ramo do Direito Econômico utilizado em prol da preservação das estruturas de mercado, logo um instrumento de intervenção estatal na economia, que, indiretamente, protege interesses dos particulares, seja dos agentes econômicos seja dos consumidores, que desejam participar de um mercado ao abrigo de práticas restritivas da concorrência.³

Com base no art. 29 da Lei Antitruste brasileira, o particular que se sentir lesado por uma prática anticoncorrencial, e desde que esta esteja tipificada em legislação ordinária, pode requerer em juízo a determinação de sua cessação, cumulada com o pedido de indenização pelas perdas e danos decorrentes com base no artigo 159 do CCB, o qual prevê a atribuição genérica da responsabilidade.⁴ Trata-se aqui de responsabilidade civil do empresário em razão da mesma conduta caracterizada como ilícito administrativo, possibilitando o curso simultâneo de processo civil e administrativo relativos à mesma matéria, não havendo assim incompatibilidade entre as duas instâncias, muito menos litispendência, já que os processos e as respectivas decisões são independentes entre si.

No âmbito do Direito Penal, o empresário pode ser responsabilizado por crimes contra a propriedade industrial e contra a ordem econômica e as relações de consumo.

Quanto aos crimes contra a propriedade industrial, a repressão destes está prevista na nova Lei de Patentes (nº 9.279, de 14 de maio de 1996)⁵, que trata das seguintes matérias :

- patentes (art. 183),
- desenhos industriais (arts. 187 a 188)
- marcas (arts. 189 a 190)
- armas, brasões ou distintivos (art. 191)
- indicações geográficas (arts. 192 a 194)

3 Por esse motivo encaramos o Direito da Concorrência como um híbrido do Direito Público com o Direito Privado, característica marcante do Direito Econômico.

4 Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (...)

5 Revoga a Lei da Propriedade Industrial de 1970, e os artigos 187 a 196 do Código Penal.

A ação penal para punir os crimes tipificados na Lei de Patentes procede-se mediante queixa, salvo para os crimes previstos no art. 191 (utilização, reprodução ou imitação de armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais), onde a ação será pública incondicionada (cf. art. 199).

Quanto aos crimes contra a ordem econômica (abuso do poder econômico) e as relações de consumo, a repressão penal destes está prevista nos artigos 4º ao 7º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Todavia, visto que o artigo 4º da Lei nº 8.137/90 trata de práticas também previstas na Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), ou seja do abuso do poder econômico (inciso I) e dos atos característicos dos cartéis (inciso II), vamos encontrar na doutrina duas correntes que possuem visões antagônicas a respeito do curso paralelo de processos administrativo e penal, referentes à mesma matéria.

Primeiramente, existe a corrente que sequer admite a vigência da Lei nº 8.137/90, já que, com base no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, (*Lex posterior derogat prior*), *considera-se que a mesma foi derogada pela Lei nº 8.884/94. Defende tal posição José Ignácio Franceschini que, considerando o Direito da Concorrência como ramo do Direito Penal-Econômico, estima inconcebível a existência de duplo procedimento penal contra a mesma pessoa, e acrescenta que "diante da competência exclusiva fixada pela Lei 8.884/94 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."*⁶.

Em oposição a esta corrente, vamos encontrar aquela que admite o curso simultâneo de processos penal e administrativo, referentes à mesma matéria. Destarte, os crimes contra a ordem econômica são passíveis de ação penal pública incondicionada (cf. art. 15 da Lei nº 8.137/90), cabendo a qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público. No âmbito da ação penal, a responsabilização do empresário não está condicionada e não depende da aplicação ou/não de sanções administrativas. A contrário senso, caso o juízo penal conclua de forma categórica pela inexistência de crime ou pela negativa de autoria do implicado, a autoridade administrativa deve considerar insubsistente qualquer tipo de responsabilidade administrativa (cf. art. 66 do CPP).

6 FRANCESCHINI, José Ignácio G., *Introdução ao direito da concorrência*, 1ª ed. São Paulo, Malheiros Editores LTDA, 1996, p. 27.

Após sintética análise das responsabilidades penal e cível, mister se faz proceder a estudo mais detalhado da responsabilidade do empresário *vis-à-vis* da Lei Antitruste brasileira (Lei nº 8.884/94).

Do ponto de vista do empresário, todo e qualquer tipo de intervenção do Estado na economia sempre será encarado como um ato antiliberal, castrador das liberdades individuais. Não vê, o empresário, que a finalidade do Estado não é a de impedir o progresso ou o desenvolvimento econômico do país, mas pelo contrário, buscar esses objetivos, evidentemente, dentro de uma certa ordem e equilíbrio, para que o crescimento econômico não venha a ser benéfico somente para poucos agentes econômicos.

Dentro de tal perspectiva, a legislação antitruste brasileira, inspirada nos conceitos neo-liberais, tenta conciliar, dificilmente, os interesses dos agentes econômicos com a necessidade de garantir a liberdade da concorrência.

O Direito da Concorrência, mais do que um elemento de natureza estrutural, possui um papel funcional, qual seja, o de assegurar a liberdade dos agentes econômicos para o exercício de atividades econômicas, visando dessa forma a garantir as estruturas do livre mercado.⁷

Por conseguinte, a legislação brasileira antitruste consagra o princípio da liberdade da concorrência previsto no art. 170, § 4º, da CF, reprimindo na esfera administrativa os empresários, pelas infrações que cometerem contra a ordem econômica.

2. Os sujeitos de direito submetidos à lei da concorrência

O art. 15 da Lei Antitruste define os sujeitos de direito aos quais a Lei nº 8.884/94 se aplica, incluindo aí as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou Privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito.

Note-se que o artigo ora citado possui larga abrangência, porém deve levar-se em conta que o mesmo não faz referência à aplicação da sanção, pois caso o fizesse — e uma vez que insere no art. 15 as pessoas jurídicas de direito público — estaria aí ferindo a independência e a autonomia atribuídas aos entes públicos (órgãos da Administração Direta e autarquias da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios). Assim sendo, o CADE não é competente para controlar, e muito menos para aplicar sanções sobre esses entes públicos.

7 Sobre o papel funcional do Direito, *vide*, GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*, 1ª ed. São Paulo. Revistas dos Tribunais. 1981, p. 25.

Compactuando com referida assertiva, temos o voto do Conselheiro do CADE, José Matias Pereira, que embora estivesse diante de um caso referente a ato restritivo da concorrência, decidiu que “o Município, ao legislar sobre matéria de sua competência, está desempenhando função pública, não atuando, portanto, como agente econômico, sujeito à lei da concorrência”⁸.

Para se chegar ao agente ativo da infração contra a ordem econômica, e por conseguinte, ao sujeito passível das sanções previstas na Lei, deve-se analisar o art. 15 concomitantemente com o art. 16, o qual aponta a empresa e seus dirigentes ou administradores como responsáveis pelas infrações da ordem econômica. Enquadram-se aqui, além do empresário individual, as pessoas jurídicas de direito privado, inclusive aquelas integradas pela Administração Pública, tais quais as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações federais, estaduais ou municipais.

Portanto, tanto o empresário (pessoa jurídica ou empresário individual) quanto seu diretor ou administrador são responsáveis, administrativamente, pelas infrações cometidas contra a ordem econômica, e, por conseguinte, são passíveis de aplicação de sanção, nos termos do art. 23, II da Lei nº 8.884/94.

É válido ressaltar que, em virtude do art. 18, a personalidade jurídica do infrator poderá ser desconsiderada nos casos em que a infração tenha ocorrido em decorrência de abuso de direito (a), excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (b), ou ainda, nos caso de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (c). Em qualquer uma dessas situações o autor da infração será responsabilizado, respondendo, inclusive, o particular dos sócios pela multa imposta pelo CADE.

Porém, segundo Fábio Ulhoa Coelho, dentre os fundamentos legais da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, previstos no art. 18, encontram-se hipóteses que não pressupõem qualquer superamento da forma da pessoa jurídica⁹. O autor aponta duas grandes falhas da Lei: de um lado de não ter incluído a fraude, principal fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, e de outro, de ter introduzido tema societário diverso da teoria da desconsideração (a responsabilidade do sócio ou do representante

8 Tratava-se de lei municipal que determinava a organização especial geográfica do Município para implantação de farmácias (Referência: CADE, consulta n. 003/93, de 25.08.1993).

9 Fábio Ulhoa Coelho critica o artigo em causa por ter se afastado da teoria original da desconsideração da personalidade jurídica (“*Disregard Doctrine*”), a qual, “*autoriza o juiz a ignorar a existência da pessoa jurídica sempre que a sua autonomia foi utilizada para a realização de uma fraude ou abuso de direito*”. Segundo o autor, a vantagem dessa teoria residiria na preservação da empresa naquilo que não se relaciona com o ilícito (Ver do autor, *Direito antitruste brasileiro. Comentários à Lei nº 8.884/94*. São Paulo. Saraiva, 1995. Op. cit. pp. 44-46).

legal da sociedade por ato ilícito próprio — letra *b* — e a responsabilidade do administrador por má administração — letra *c*), que pressupõem responsabilidade direta dos autores do ilícito.¹⁰

Contudo, lembramos que, com ou sem a desconsideração da personalidade jurídica do autor do ato, este só será submetido à Lei antitruste brasileira se incorrer em um dos ilícitos tipificadores de infração contra a ordem econômica.

3. As infrações da ordem econômica

O artigo 20 da Lei Antitruste regulamenta o § 4º do artigo 173 da CF, considerando como infração à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam ter o efeito de limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência, de dominar mercado relevante, de aumentar arbitrariamente os lucros, ou de exercer de forma abusiva posição dominante.¹¹

Antes de qualquer análise dos ilícitos tipificados no artigo 20 da Lei nº 8.884/94, há de se ter em mente que a livre concorrência constitui um dos elementos fundamentais da ordem econômica, e que a repressão aos abusos do poder econômico deve servir unicamente para sua garantia, respeitando-se assim a orientação dada pelo art. 170 da CF.

Dentro dessa ótica, notamos que a lei brasileira não condena o poder econômico em si mesmo, e nem poderia fazê-lo tratando-se de uma sociedade capitalista, pautada na liberdade de iniciativa e de competição, onde o poder econômico é um fato inerente ao livre mercado. A esse respeito expressa Miguel Reale: *“o poder econômico não é em si um ilícito, mas é o instrumento normal*

10 A esse respeito, Fábio Ulhoa Coelho entende que *“a teoria da desconsideração têm pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada a sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Quando a imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar da desconsideração de sua autonomia”* (Op. cit. p. 47).

11 No intuito de melhor enquadrar os efeitos aqui tipificados, faz-se necessário definir as noções de posição dominante e de mercado relevante. Quanto à primeira, o § 2º do art. 20 a define como sendo uma situação na qual uma empresa ou grupo de empresa controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa; e acrescenta no § 3º que a posição dominante é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Quanto à noção de mercado relevante, elemento que caracteriza a posição dominante, devemos delimitar tal noção a nível geográfico e material. Geograficamente, porque o mercado deve levar em conta as variantes diferenças regionais existentes em termos econômicos e mesmo culturais; materialmente, porque cabe ao consumidor final avaliar se o produto ou o serviço é indispensável, sabendo-se que o mercado relevante abrangerá todos os produtos ou serviços, substituíveis entre si mas que, dentro da perspectiva do consumidor, têm a mesma finalidade. Logo, tanto a definição geográfica como a material de mercado relevante só poderá ser feita diante de cada caso concreto.

ou natural de produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado".¹²

A legislação antitruste brasileira não reprime o poder econômico, mas sim certas modalidades de seu exercício, ou seja, os atos que, conforme dispõe o art. 20, têm ou podem ter o efeito de domínio de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, ou que representem exercício abusivo de posição dominante.¹³

Logo, os atos praticados pelos empresários não são por si mesmos condenáveis ou puníveis, mas os efeitos por eles visados, causados, ou passíveis de serem causados. Trata-se, pois, de delitos-fins, como os define Franceschini.¹⁴

Observe-se, por outro lado, que o art. 20 da Lei Antitruste não exige que os efeitos caracterizadores da conduta ilícita tenham sido efetivamente alcançados, antecipando, destarte, efeitos que certos atos podem causar.

Irrelevante também para a legislação antitruste brasileira é o fato do empresário ter agido ou não com culpa, predominando a responsabilidade objetiva do mesmo, ou seja, se o ato praticado, mesmo que potencialmente, objetiva ou acarreta os efeitos tipificados no art. 20.

A título exemplificativo, o art. 21 da legislação antitruste oferece uma lista de condutas que, se tiverem como resultado ou objetivarem um dos efeitos previstos nos incisos I a III do art. 20, caracterizarão infração à ordem econômica. Portanto, tais condutas não devem ser interpretadas isoladamente, visto que só serão condenadas se utilizadas como meio para alcançar um dos efeitos lesivos à concorrência.

Em virtude do caráter subsidiário das condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, Franceschini as caracteriza como delitos-meios, concluindo que as únicas figuras típicas, antijurídicas e puníveis previstas na Lei nº 8.884/94 são aquelas arroladas no artigo 20.¹⁵

Dentre as vinte e quatro condutas enumeradas no art. 21, merece destaque a prevista no inciso V que prevê a figura da "criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorren-

12 In, COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 50.

13 Note-se que o exercício abusivo de posição dominante (inciso IV) não configura um efeito autônomo, não representando um fim em si mesmo. Conclui-se, portanto, que não há como incorrer em conduta capaz de gerar efeitos referidos nos incisos I a III do artigo 20, senão através do exercício abusivo de posição dominante.

14 Op cit. p. 45.

15 idem.

te ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”, uma vez que referido inciso não define quais seriam essas dificuldades.

Por ser de caráter genérico, o inciso V do art. 21 pode dar margem a uma utilização abusiva por empresários que, agindo de má fé, servem-se da legislação antitruste para propósitos diversos daqueles a que a lei se destina, utilizando-o para acusar seus concorrentes da prática de atos que nada têm de ilícito.

Em 1989, diante de um caso em que se alegava “criação de dificuldades” (com base no artigo 2º, inciso I, alínea “g” ainda na vigência da Lei nº 4.137/1962, retomado na atual legislação antitruste) o Conselheiro-Relator do CADE em seu aresto recomendou que referido inciso “*devia ser lido com extrema cautela, uma vez que toda atividade empresarial, tendendo necessariamente à conquista do mercado, há de acarretar dificuldades para outras empresas, isto fazendo parte da concorrência desejável. Entende-se, portanto, que a criação de dificuldades somente poderá ser reconhecida como fato típico punível se e quando resultante de prática negocial desprovida de boa-fé, isto é, anormal em relação à ordem natural das coisas*”.¹⁶

As infrações à ordem econômica se concretizam seja por intermédio de atos perpetrados isoladamente por um único agente econômico, ou ainda por um conjunto de agentes econômicos, unidos por acordos, que podem ser escritos ou orais. Por sua vez, tais acordos, caracterizadores das colusões, podem ser de três categorias: 1) os horizontais, quando envolvem unicamente empresários situados no mesmo estágio da produção e circulação econômica, 2) os verticais, quando envolvem empresários situados em estágios diferentes da produção e circulação econômica (produção e distribuição), e 3) os de concentração, quando empresas passam a submeter-se à mesma direção econômica, com ou sem perda de autonomia jurídica.

O empresário que incorrer em um dos delitos tipificados no art. 20 da Lei Antitruste, seja através de uma das condutas enumeradas no art. 21, ou por qualquer outro ato, é suscetível de ser responsabilizado na esfera administrativa.

4. Do processo administrativo

Cabe à Secretaria de Direito Econômico (SDE) instaurar, de ofício, ou à vista de representação de parte interessada, processo administrativo contra o empresário supostamente infrator da ordem econômica. Porém, caso os indícios da suposta infração não sejam suficientes, a SDE deve, previamente, promover

¹⁶ Citado em FRANCESCHINI, Op. cit. p. 46.

averiguações preliminares, salvo nos casos de representação formulada por Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas casas, onde o processo administrativo, em qualquer hipótese, é imediatamente instaurado, conforme dispõe o art. 30 da Lei nº 8.884/94.

O processo administrativo tramita no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dando-se ao representado amplo poder de defesa, ao exemplo do que ocorre em processo judicial comum, tendo este, inclusive, a possibilidade de assinar, com base no art. 53, termo de compromisso visando à cessação da prática sob investigação.

Quanto ao representante, ou seja a pessoa que fez a denúncia junto à SDE, este não constitui parte no processo administrativo, não podendo, sequer, servir como auxiliar ou informante no mesmo.

Em qualquer fase do processo administrativo, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator do CADE podem, com base no art. 52, adotar medida preventiva, determinando a cessação da prática. O descumprimento da ordem de cessação importa unicamente aplicação de multa diária.

Uma vez que a decisão cautelar de cessação de determinada prática, ou de imposição da multa (caso a ordem não seja cumprida) são executáveis de imediato, resta ao representado duas opções para impedir sua efetiva aplicação:

1) recorrer ao plenário do CADE, sabendo-se que o art. 52, § 2º não confere ao recurso efeito suspensivo;¹⁷

2) ajuizar medida judicial, como por exemplo, o Mandado de Segurança, perante o órgão judiciário federal competente para anular a medida preventiva, salientando-se que o Mandado de Segurança somente poderá versar sobre a regularidade formal do ato e não sobre o mérito, ou seja, sobre a caracterização da prática ilícita.

É válido ressaltar que, conforme expressa o art. 41, nem o Ministro da Justiça, nem o Presidente da República — superiores hierárquicos, ao Secretário de Direito Econômico e ao Presidente do CADE — são competentes para conhecer de recursos contra as decisões proferidas tanto nas averiguações preliminares quanto nos processos administrativos, em matéria de direito antitruste. Conclui-se, portanto, que a Lei Antitruste brasileira não acolheu o instituto de avocação processual.

Contudo, apesar de não haver um controle formal previsto em lei dos atos do Plenário e Presidente do CADE ou do Secretário da SDE, salienta-se

17 Todavia, ao nosso ver, nada impede ao representado, com base no art. 5º LIV e LV da CF, de impetrar mandado de segurança a fim de tentar emprestar efeito suspensivo ao recurso administrativo, até que este tenha sido definitivamente julgado.

que, diante de omissão ou de atuação contrária à lei e à Constituição, o Ministério Público Federal poderá promover, perante o judiciário, a medida que entender adequada para reparar qualquer abuso ou excesso de poder cometido no exercício da função pública. Por outro lado, subsiste ainda a possibilidade para o particular de representar contra o Presidente do CADE ou o Secretário da SDE, alegando descumprimento de dever funcional, e não questões de fato ou de direito relativas à matéria antitruste.

No curso do processo administrativo, o Ministério Público Federal poderá, diante da constatação de crime de competência da Justiça Federal, requerer a instauração de inquérito policial, e eventualmente, oferecer denúncia para a instauração de processo penal contra o representado. Se o crime for de competência da Justiça Estadual, ele deve encaminhar os elementos disponíveis ao Procurador-Geral de Justiça do Estado em que a ação penal deve ter andamento (art. 12, § único da Lei Antitruste).

Cabe ao CADE julgar o processo administrativo¹⁸, desincumbindo-se de suas duas mais relevantes atribuições: a de determinar a existência ou não de infração à ordem econômica e a de fixar a pena aplicável ao caso.

Quanto à primeira atribuição, exerce o CADE poder vinculado, pois não pode afastar-se do que está previsto na lei. Destarte, se os fatos demonstrados no processo administrativo são determinantes para evidenciar que o empresário incorreu em infração tipificada no art. 20 da Lei, o CADE deverá, imperativamente, imputar ao agente o exercício da prática ilícita, não lhe tendo sido atribuída, portanto, qualquer discricionariedade na matéria, sob pena de crime de prevaricação na forma do art. 319 do Código Penal.

No que pertine à determinação da sanção, porém, o CADE possui poder discricionário já que, afora a pena pecuniária prevista no art. 23 da Lei (multas), ele poderá, em função de cada caso, aplicar, concomitantemente, penas não pecuniárias dentre aquelas enunciadas no art. 24, e para tal deve levar em conta os elementos descritos no art. 27.

No âmbito administrativo, não cabe recurso da decisão do CADE, conforme dispõe o art. 50 da Lei. Porém, visto que as decisões do CADE necessitam ser executadas na esfera judiciária, o representado encontrará aí uma boa oportunidade para rediscutir a matéria decidida no âmbito extrajudicial.

18 A decisão deve ser adotada por maioria absoluta, com a presença mínima de 5 membros, sabendo-se que o plenário é composto por 7 membros.

6. A defesa do representado em juízo

O ajuizamento da ação de execução (multa e/ou obrigação de fazer ou não fazer) deve ser feita através da Procuradoria do CADE ou, a pedido deste, pelo Ministério Público Federal (se este entende que deve), junto à Justiça Federal do Distrito Federal ou à sede ou domicílio do executado (à escolha do CADE).¹⁹

Dessa forma, proporciona-se ao representado a possibilidade de se defender através de embargos de devedor ou de ação de conhecimento com o objetivo de desconstituir a imposição da obrigação de fazer ou não fazer. Aqui, o embargante ou o autor poderá argüir toda matéria de fato e de direito que reputar de seu interesse.

Quanto ao mérito, o embargante ou autor poderá renovar as razões da inexistência da infração que lhe foi imputada, ou mesmo apresentar novas razões, que demonstrem a legalidade de sua conduta.

A medida judicial (embargos ou ação que vise a desconstituição do título executivo), somente suspende a execução se o juízo for garantido (art. 65): depósito de multa, caução real ou fidejussória (aplicando-se, no que couber, a disciplina prevista nos arts. 826 a 838 do CPC) sem prejuízo de expedição de medida cautelar na execução judicial da obrigação de fazer ou não fazer, quando a gravidade da infração o justificar (art. 66).

Visto que a execução judicial da decisão do CADE pode traduzir-se em dois tipos de execução, a pecuniária (pagamento de multa) e a específica (pertinente às obrigações de fazer ou não fazer), a legislação antitruste brasileira peca por não ter disciplinado suficientemente a tramitação desses dois tipos de execuções. Por certo, o art. 61 determina que na execução que tenha por objeto exclusivo a cobrança de multas, esta deverá ser feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830/80, porém não indica, alhures, qual seria o rito em caso de execução simultânea de multa com obrigação de fazer ou de não fazer.

Ao nosso ver, uma vez que há diferenças substanciais com relação aos ritos de cada uma dessas execuções, estabelecidos, respectivamente, na Lei das execuções fiscais (Lei nº 6.830/80) e nos artigos 632 a 645 do CPC, parece-nos inconcebível que decisões de natureza tão diversa possam ser ajuizadas em uma mesma ação. Assim sendo, em caso de decisão envolvendo cumulativamente obrigações de fazer ou não fazer e multa, devem ser ajuizadas duas ações distintas que correrão paralelamente.

¹⁹ No que diz respeito à multa, convém lembrar que o verdadeiro título executivo extrajudicial é a Certidão de Dívida Ativa, extraída do Cadastro da Dívida Ativa da autarquia.

De qualquer maneira, não restam dúvidas de que a falta de auto-executoriedade das decisões do CADE constitui um elemento que vem diminuir o papel dessa autarquia na aplicação da Lei Antitruste brasileira, além de favorecer uma tendência dos empresários de o considerarem como um obstáculo, seguramente, mas de poucas conseqüências, já que podem reverter, na esfera judicial, as decisões por ele adotadas.

Por que não transformar o CADE em um verdadeiro Tribunal Administrativo, que, a exemplo de órgãos similares existentes em direito comparado, seria investido de poder jurisdicional efetivo, não mais ficando a aplicação de suas decisões à mercê de um outro poder. Certamente, uma tal mudança implicaria uma reforma de nossa Constituição, que, como se sabe, abriga o princípio da tutela judiciária (art. 5º, XXXV).