



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de Direito - CD

PEDRO MILHOMEM ARAUJO DE GODOI

**A REINCIDÊNCIA ANTITRUSTE E AS DIFICULDADES GERADAS PELO
CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE**

BRASÍLIA

2017

PEDRO MILHOMEM ARAUJO DE GODOI

**A REINCIDÊNCIA ANTITRUSTE E AS DIFICULDADES GERADAS PELO
CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília, sob orientação
da Prof^a Dr^a. Karla Margarida Martins
Santos, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel.

PEDRO MILHOMEM ARAUJO DE GODOI

**A REINCIDÊNCIA ANTITRUSTE E AS DIFICULDADES GERADAS PELO
CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília, sob orientação
da Prof^a. Karla Margarida Martins Santos,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel.

Brasília, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Karla Margarida Martins Santos

Prof.(a) Dr.(a) _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

RESUMO

A Lei de Defesa da Concorrência prevê a aplicação de multa em dobro em caso de reincidência do agente infrator, porém é omissa quanto aos critérios de caracterização de tal instituto. Por analogia, utilizam-se os critérios contidos no Código Penal brasileiro. Todavia, em decorrência do controle judicial dos atos administrativos, essa transposição sem as devidas adaptações gera perplexidades, em especial no tocante ao momento de caracterização do trânsito em julgado. Duas correntes interpretativas divergentes surgem nesse sentido. Uma considera o trânsito em julgado judicial. Outra considera o trânsito em julgado administrativo. Ambas geram incongruências jurídicas. A fim de superá-las, o presente trabalho sugere a adoção de uma terceira corrente interpretativa. Para tanto, baseia-se, por analogia, nas hipóteses de suspensão de exigibilidade dos créditos tributários, previstas no Código Tributário Nacional.

Palavras-chave: Reincidência antitruste. Controle judicial dos atos administrativos. Trânsito em julgado. Analogia. Crédito não tributário. Suspensão de exigibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. CASO “PRO GENÉRICOS VS. ELI LILLY”	9
2. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA	14
2.1 A reincidência no direito penal	14
2.2 A reincidência no direito antitruste	17
2.3 O controle judicial das decisões do Cade e suas implicações na caracterização da reincidência antitruste	20
2.3.1 <i>Correntes interpretativas</i>	21
2.3.1.1 <i>Trânsito em julgado judicial</i>	21
2.3.1.2 <i>Trânsito em julgado administrativo</i>	22
2.3.1.3 <i>A inaplicabilidade das correntes interpretativas existentes</i>	24
3. TERCEIRA CORRENTE	30
3.1 Suspensão de exigibilidade do crédito tributário	30
3.2 Suspensão de exigibilidade dos créditos não tributários	33
3.3 Aplicação analógica das regras de suspensão de exigibilidade do crédito tributário às multas impostas pelo Cade	38
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce em âmbito nacional as atribuições conferidas pela Lei nº 12.529, de novembro de 2011 – conhecida como Lei de Defesa da Concorrência.

O Cade tem como missão precípua zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, por prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica, pautando sua atuação nos princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico.¹

Sua atuação preventiva é exercida através da análise estrutural de atos de concentração econômica, como fusões, aquisições de controle, incorporações e outras operações, a fim de identificar e prevenir a existência de possíveis efeitos anticompetitivos derivados da concentração do mercado.

Seu papel repressivo corresponde à investigação e repressão de condutas anticoncorrenciais que possam gerar efeitos deletérios ao processo competitivo, tais como cartéis, vendas casadas, exercício abusivo de propriedade intelectual, dentre outras previstas de forma não taxativa no art. 36 da Lei nº 12.529/11.

De acordo com o art. 37 da aludida lei, no âmbito administrativo as práticas de infração à ordem econômica estão sujeitas, dentre outras sanções, à aplicação de multa. As multas são aplicáveis às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica.

¹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

Dentre os critérios de fixação de multa, o dispositivo legal em comento estabelece, em seu § 1º, a possibilidade de aplicação de multa em dobro em caso de reincidência do agente infrator. Entretanto, não há na legislação antitruste brasileira uma definição objetiva acerca da forma como tal instituto jurídico deve ser empregado, isto é, em que hipótese o agente infrator será considerado reincidente.

Apesar de a lei de defesa da concorrência não estabelecer parâmetros ou requisitos objetivos de caracterização da reincidência, de acordo com a prática decisória do Tribunal do Cade, aplicam-se, por analogia, os requisitos legais disciplinados no Código Penal brasileiro.²

Desse modo, para fins concorrenciais, resta configurada reincidência quando determinado agente pratica nova infração à ordem econômica, depois de transitar em julgado decisão que o tenha condenado por conduta anticompetitiva anterior, desde que entre o trânsito em julgado da primeira condenação e a prática anticompetitiva posterior não tenha decorrido prazo superior a 5 (cinco) anos.

Ocorre que, em decorrência dos princípios constitucionais da inafastabilidade e unicidade da jurisdição, as decisões proferidas pelo Cade são passíveis de revisão por parte do Poder Judiciário, possibilitando um reexame integral de fatos e provas colhidas durante a instrução do processo administrativo sancionador, assim como uma mudança de interpretação em relação ao direito material aplicável ao caso concreto.

Em decorrência desse controle judicial dos atos administrativos, torna-se presente a possibilidade de uma decisão do Cade ser revertida judicialmente, de modo que a decisão prolatada pelo órgão antitruste tenha seus efeitos, parcial ou totalmente, suspensos ou anulados pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, a problemática tratada neste trabalho deriva da seguinte premissa: como aplicar a multa em dobro, fundada em suposta reincidência, caso haja uma decisão judicial, não transitada em julgado, revertendo a primeira decisão condenatória prolatada pelo Cade?

² GUEDES, J. e SAHIONE, J. *Debates em Direito da Concorrência*. Publicações da Escola da AGU, nº 7. 2011. p. 406-413. Disponível em: <http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/171700>. Acesso em 7 de abril de 2017.

Tendo em vista o embate jurídico evidenciado acima, faz-se a seguir, no Capítulo 1, uma breve descrição acerca do caso concreto que originou tal controvérsia perante o Tribunal do Cade.

Ademais, no Capítulo 2, realiza-se uma análise acerca do instituto jurídico da reincidência, bem como sua aplicação no âmbito penal e antitruste. Ainda no mesmo capítulo, será abordada a revisão judicial das decisões do Cade e as dificuldades dela decorrentes para caracterização da reincidência antitruste. Verificadas essas dificuldades, serão expostas as duas correntes interpretativas atualmente existentes sobre a aplicação da multa em dobro fundada na reincidência, bem como as complicações práticas delas derivadas.

Por fim, no terceiro e último capítulo, buscando a resolução da problemática apresentada no presente trabalho, será desenvolvida uma terceira corrente interpretativa, que diferencia a aplicabilidade da exigibilidade do dobro da multa, valendo-se, por analogia, das disposições do Código Tributário Nacional referentes à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

1. CASO “PRO GENÉRICOS VS. ELI LILLY”

Apesar de o presente trabalho não ter como objeto a elaboração de um estudo de caso, a fim de melhor evidenciar a problematização trazida acima, realiza-se a seguir uma breve exposição do julgado que originou tal controvérsia jurídica perante o Tribunal do Cade.

Conhecido como caso “Pró Genéricos vs. Eli Lilly”, o Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 foi julgado em 24 de junho de 2015, tendo como representante a Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos (Pró Genéricos) e como representadas as empresas farmacêuticas Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company (Eli Lilly).³

Ante todo o conteúdo probatório produzido naqueles autos, de acordo com o voto proferido pela Conselheira-relatora do processo, Ana de Oliveira Frazão, constatou-se que a empresa farmacêutica Eli Lilly teria exercido abusivamente seu direito de petição com intuito anticompetitivo, obstando propositalmente a entrada de determinados medicamentos concorrentes no mercado brasileiro – conduta esta internacionalmente conhecida como *sham litigation*.

Tendo em vista que a supracitada empresa teria sido anteriormente condenada pelo Cade, em 13 de outubro de 2005, no âmbito Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48⁴, conhecido como “cartel dos genéricos”, entendeu-se restar configurada a reincidência, motivo pelo qual se aplicou a multa em dobro à mencionada empresa – entendimento este endossado unanimemente pelo plenário. Nos termos do mencionado voto:

³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Plenário. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos (Pró Genéricos). Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company. Relatora: Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Brasília, 24 de junho de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vsNM4NTsG6-0yCyijaOV-4Vo-BMVEtSXKlrLJKEJXIFMw,,>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017.

⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Representante: Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal - CRF/DF. Representados: Akzo Nobel Ltda. e outros. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, 13 de outubro de 2005. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZIs_rHQcc3fMu8l2htJ1ahuckyi_C139hQUn9S18PinuRJGCSNvlbxv16TyS1s3G9ICPsyncCkzFYQ,,>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017.

420. A representada Eli Lilly do Brasil Ltda. foi condenada em 13 de outubro de 2005, na 359ª Sessão ordinária de julgamento, por ter ficado comprovada a fixação de acordo com laboratórios para impedir a comercialização de medicamentos genéricos, dentre outras condutas lesivas à ordem econômica.

421. Como entre a data do julgamento e os fatos ora analisados, não transcorreram mais de cinco anos, entendo que houve reincidência, motivo pelo qual a multa deverá ser aplicada em dobro.

422. Acresce que o fato de se tratar de tipos infracionais diversos não interfere na análise da reincidência, conforme jurisprudência pacífica do Tribunal.⁵

Ocorre que, após a primeira condenação proferida pelo Cade em 13 de outubro de 2005 no caso “cartel dos genéricos”, a empresa Eli Lilly ingressou com uma ação judicial, perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, contestando a mencionada decisão condenatória administrativa – Processo nº 2008.34.00.008656-0.

Em âmbito judicial, a decisão condenatória proferida pelo Cade foi revertida. Primeiramente, em 9 de dezembro de 2011, o juiz federal de primeira instância responsável pelo processo declarou a nulidade da decisão administrativa em comento em sua total amplitude. De acordo com a sentença do magistrado:

Por todo o exposto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS AUTORAIS para declarar a nulidade da decisão proferida pelo CADE nos autos do Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48, para que não surta quaisquer de seus efeitos.⁶

Ademais, em 17 de abril de 2015, após o Cade apelar da sentença proferida em primeira instância, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) manteve a declaração de nulidade da decisão administrativa, em conformidade com o julgado do juiz singular. Conforme disposto no voto acolhido pelo plenário:

[...] avalio indevida a condenação imposta pelo CADE, seja pela ausência de evidências da formação do “acordo” para dificultar o ingresso de

⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company. Relatora: Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Brasília, 24 de junho de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vsNM4NTsG6-0yCyijaOV-4Vo-BMVEtSXXlRlJKEJXIFMw,,>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017.

⁶ BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença nº 2011340004010. Processo nº 2008.34.00.008656-0. Requerente: Eli Lilly do Brasil Ltda. Requerido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=5a69841d1af1cf3ae0bbb90ccb843e0&trf1_captcha=3tjx&enviar=Pesquisar&proc=200834000086560&secao=DF>>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

medicamentos genéricos no mercado nacional, seja pela falta de identificação de condutas das condenadas que permitissem a tipificação e gradação da penalidade.⁷

Frente ao acórdão do TRF1 que confirmou a sentença de primeira instância, e conseqüentemente anulou a decisão do órgão antitruste, o Cade opôs embargos de declaração, os quais ainda não haviam sido julgados no momento da segunda decisão administrativa condenatória em face da empresa Eli Lilly, em 2015.

A título de complementação, tendo em vista a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo Cade e a posterior interposição de Recurso Especial por parte da mencionada Autarquia, atualmente a demanda em questão tramita no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e aguarda decisão daquele Tribunal.

Com base nos pronunciamentos judiciais supramencionados, no âmbito administrativo a empresa condenada opôs embargos de declaração em face da segunda decisão condenatória prolatada pelo Cade, contestando, dentre outros pontos específicos, a aplicabilidade da multa em dobro, alegando, em suma, a inexistência de decisão transitada em julgado que fundamentasse a aplicação do instituto da reincidência, uma vez que a demanda que anulou os efeitos da primeira decisão do Cade ainda estava em curso, perante o Poder Judiciário. Nos termos apresentados:

17. Segundo o voto condutor, a Eli Lilly seria reincidente em decorrência de decisão anterior do Cade que condenou a empresa, pois, 'entre a data do julgamento [13 de outubro de 2005] e os fatos ora analisados, não transcorreram mais de cinco anos, entendendo que houve reincidência, motivo pelo qual a multa deverá ser aplicada em dobro' (par. 421).

18. Tal afirmação, em primeiro lugar, é contraditória com os fundamentos da própria decisão, pois não há qualquer decisão transitada em julgado que fundamente a aplicação do instituto da reincidência. Em segundo lugar, a decisão foi omissa ao relatar que a primeira decisão do Cade contra a Eli Lilly encontra-se em discussão judicial, o que afasta a aplicação da reincidência. [...]

23. Considerando que uma decisão do Tribunal do Cade é passível de revisão pelo Poder Judiciário, havendo contestação da empresa no âmbito judicial, está afastada a existência de "decisão transitada em julgado".

24. A decisão anterior considerada pelo voto condutor como o fato relevante para a aplicação de reincidência é a decisão administrativa do Cade de 13

⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal, Região 1ª. Acórdão nº 2011340004010. Processo nº 2008.34.00.008656-0. Requerente: Eli Lilly do Brasil Ltda. Requerido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=5a69841d1af1cf3ae0bbb90ccb843e0&trf1_captcha=3tjx&enviar=Pesquisar&proc=200834000086560&secao=DF>. Acesso em 7 de abr. de 2017

de outubro de 2005, referente ao Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48. Após a condenação do Cade, a Eli Lilly ingressou com a ação 2008.34.00.008656-0 para contestar tal decisão, a qual continua em discussão no Poder Judiciário até os dias de hoje, tendo em vista a apresentação de embargos de declaração pelo próprio Cade. A ausência de trânsito em julgado afasta por completo a aplicação do instituto da reincidência.⁸

Todavia, ao julgar os embargos de declaração relativos à segunda decisão do Cade, em contraponto às alegações da embargante, a então Conselheira Ana Frazão asseverou que a reincidência dependeria tão somente da existência de coisa julgada administrativa, sendo, portanto, impossível afastar a caracterização do instituto em apreço e, conseqüentemente, a aplicação da multa em dobro. Ainda, segundo argumentado, a reincidência só poderia ser afastada caso existisse decisão judicial transitada em julgado anulando o julgamento anterior realizado pelo tribunal do Cade em 2005. Conforme aduzido no voto da Conselheira-relatora:

49. Ao contrário do que sustenta a embargante, não há nenhum óbice à declaração de reincidência na hipótese. Embora as decisões do CADE estejam sujeitas ao escrutínio do Poder Judiciário, não há como sustentar que o trânsito em julgado da decisão em âmbito administrativo depende do provimento final em âmbito judicial. A interpretação, na verdade, desconsidera integralmente o princípio da independência de instâncias, que vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

50. Assim, a suposta afronta ao art. 63 do Código Penal, suscitada pela representada, decorre da interpretação equivocada de que o trânsito em julgado da decisão proferida pelo CADE está atrelado ao andamento do processo judicial. A reincidência, contudo, depende tão somente da existência de coisa julgada administrativa, de modo que, não sendo possível a modificação do julgado pela autoridade antitruste, não há como afastar o instituto, desde que preenchido o requisito temporal exigido na hipótese.

51. Não é sem razão que, quando da contagem do prazo de cinco anos, considera-se a data da decisão proferida pelo CADE e não pelo Judiciário.

52. Como já havia adiantado oralmente durante a sessão, a reincidência só poderia ser afastada caso existisse decisão judicial transitada em julgado, alterando o julgamento proferido pelo CADE.⁹

⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company. Embargos de declaração. Relatora: Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Brasília, 20 de julho de 2015. Disponível em:

<

⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company. Embargos de declaração. Relatora: Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Brasília, 7 de agosto de 2015. Disponível em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-

Assim, com fulcro no art. 37, §1º, da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 2011), manteve-se a decisão administrativa em relação à aplicação da multa em dobro, restando, portanto, caracterizada a reincidência por parte do agente infrator.

2. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

2.1 A reincidência no direito penal

Tendo em vista que a lei de defesa da concorrência não estabelece parâmetros objetivos de caracterização da reincidência do agente infrator no âmbito antitruste, torna-se necessário primeiramente analisar os requisitos legais de caracterização de tal instituto jurídico em sua origem, isto é, na esfera penal.

No Brasil, a reincidência foi originalmente normatizada no âmbito do Código Criminal de 1830 (Código do Império), passando por um longo processo evolutivo desde então.¹⁰ De acordo com o referido diploma legal, a reincidência constituía uma circunstância agravante da pena, restando caracterizada no caso do agente infrator ter “[...] reincidido em delicto da mesma natureza”.¹¹

O Código Penal de 1890 (Código Republicano) trouxe mais objetividade acerca dos elementos necessários à caracterização de tal circunstância agravante, disciplinando-a da seguinte forma em seu art. 40:

Art. 40. A reincidencia verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.¹²

Embora tenha buscado suprimir as omissões da legislação penal anterior, inserindo a necessidade da existência de sentença condenatória anterior transitada em julgado, o Código de 1890 adotou uma definição bastante limitada em relação aos “crimes de mesma natureza”.¹³

Até então, a reincidência criminal possuía um caráter restritivo, configurando-se somente quando, após transitado em julgado a primeira sentença penal condenatória, o agente infrator cometesse novo crime da mesma natureza – compreendido como crime que violava o mesmo dispositivo legal que ensejou a condenação anterior.

¹⁰ MARTINS, L. M. *A reincidência criminal e o argumento de política criminal de emergência: reflexos no processo penal democrático*. Revista Videre, 2013. pp. 44-54.

¹¹ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830 (Lei do Império). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹² BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹³ YAROCHEWSKY, L. I. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 2005 p. 207.

Com a promulgação do Código Penal de 1940, o legislador brasileiro ampliou a abrangência do instituto em apreço. Conforme aduzido no art. 46 daquele diploma legal, a reincidência restaria caracterizada nos casos em que “[...] o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.¹⁴

Nota-se que, além de considerar sentenças condenatórias estrangeiras transitadas em julgado para fins de caracterização da reincidência, o mencionado dispositivo legal não restringiu sua aplicação aos crimes de mesma natureza. Nesse sentido, em seu parágrafo primeiro foi feita uma diferenciação conceitual entre a reincidência específica, mais restritiva, e a genérica, mais ampla.

A reincidência específica envolvia crimes de mesma natureza, que de acordo com a nova definição legal eram “previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.¹⁵ Contrariamente, a reincidência delitiva genérica ocorreria em relação aos “crimes de natureza diversa”.

Ademais, com o advento da Lei nº 6.416, de maio de 1977, atribuiu-se o critério da temporariedade (ou transitoriedade) à reincidência, extinguindo-se seu caráter perpétuo, anteriormente adotado.¹⁶ Assim, ao incorporar o parágrafo único ao art. 46 do Código Penal de 1940, normatizou-se que, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido prazo superior a cinco anos, não prevaleceria a condenação anterior para efeitos de reincidência.¹⁷ Através da mencionada lei, a reincidência específica foi extinta do Código Penal.¹⁸

¹⁴ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 29 out. 2016.

¹⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 29 out. 2016.

¹⁶ FRAGOSO, H. C.. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. (1985)

¹⁷ PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 13 ed atual. E ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116-117.

¹⁸ Conquanto abolida pela Lei n.º 6.416/77, a reincidência específica voltou a ser instituída pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que acrescentou ao art. 83 do CP o inciso V. Do mesmo modo, através da redação dada pela lei n.º 9.714/98 ao art. 44, §3º, do Código Penal.

Toda essa evolução histórica conceitual do instituto consubstanciou os critérios de caracterização da reincidência atualmente adotados em nosso ordenamento.

Assim como nas demais legislações que o precederam, o Código Penal vigente mantém a reincidência como circunstância agravante da pena – art. 61, §1º. Ou seja, uma vez caracterizada, torna a sanção mais gravosa ao agente infrator, tendo em vista que o indivíduo, mesmo após uma condenação anterior, volta a delinquir, ensejando, portanto, uma reprimenda mais severa por parte do Estado.¹⁹

No tocante aos quesitos de caracterização da agravante em comento, em decorrência redação atribuída pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, o atual Código Penal disciplina que:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.²⁰

Ante os supratranscritos artigos, depreende-se que para caracterização da reincidência na esfera penal é necessária a presença de dois requisitos basilares: (i) a condenação anterior, no País ou no estrangeiro, em caráter definitivo; e (ii) a prática de nova infração após o trânsito em julgado da primeira decisão condenatória.²¹

Quanto ao primeiro requisito, entende-se por condenação anterior em caráter definitivo o fato da primeira decisão condenatória em face do agente infrator ter transitado em julgado, ou seja, ter adquirido um caráter imutável, não sendo passível de recurso.²²

¹⁹ AMORIM, J., & DA CUNHA NETO, P. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Manole., 2012. p. 43

²⁰ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 29 out. 2016.

²¹ MACHADO, C., & AZEVEDO, D. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Manole, 2013. p. 87

²² SANTOS, M. A. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

Desse modo, trata-se de uma decisão judicial (sentença ou acórdão) de que não se pode mais recorrer, seja porque não foi interposto recurso de forma tempestiva, ou porque aquela determinada hipótese jurídica não admite mais um reexame de sua matéria.

Para caracterização do segundo quesito, torna-se primordial que uma nova infração – não necessariamente da mesma natureza – seja praticada somente após o trânsito em julgado da primeira decisão condenatória, ressalvado o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a data da infração posterior – critério temporal.

Presentes os dois requisitos legais acima expostos, em que pese a existência de algumas exceções previstas na legislação penal, que não possuem maior pertinência com o desenvolvimento do presente trabalho, resta configurada a reincidência delitiva no âmbito penal, tornado a pena aplicável mais gravosa.

Evidenciados os principais aspectos da reincidência em sua origem, ou seja, na esfera penal, passa-se a analisar a aplicação de tal instituto no âmbito antitruste.

2.2 A reincidência no direito antitruste

Assim como na seara criminal, a reincidência tem previsão legal expressa na Lei de Defesa da Concorrência. Conforme disciplina o art. 37, §1º, da Lei nº 12.529, de 2011, “em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.²³ Desse modo, a reincidência está arrolada como um dos quesitos de dosimetria da pena previstos no art. 45 da mencionada lei, devendo ser levada em consideração na aplicação das multas.

De forma semelhante à aplicação em âmbito penal, a reincidência do direito antitruste possui natureza jurídica de circunstância agravante da sanção imposta pelo Cade, uma vez que, restando caracterizada, enseja uma majoração da multa aplicada ao agente infrator.

²³ BRASIL. Lei nº 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

Contudo, a Lei de Defesa da Concorrência não estabelece, de maneira objetiva, os requisitos específicos necessários para caracterização da reincidência antitruste, motivo pelo qual se aplicam, por analogia, as determinações legais derivadas do Código Penal brasileiro.²⁴

De acordo com os ensinamentos do doutrinador Carlos Maximiliano, “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. O uso da interpretação analógica se baseia, sobretudo, no princípio da equidade jurídica, “o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes”.²⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, o emprego da analogia em caso de omissão legal constitui uma prerrogativa do julgador. Desse modo, conforme disciplina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.²⁶

Desse modo, considerando que a legislação concorrencial é omissa quantos aos requisitos objetivos para aplicação da reincidência no âmbito do direito antitruste, entende-se aplicável, por analogia, os critérios previstos no Código Penal brasileiro. Nesse contexto, consoante o entendimento do ex-Conselheiro do Cade Luiz Fernando Rigato:

Embora a Lei Antitruste não regule em detalhes o instituto da reincidência, esse diploma legal prevê a sua hipótese nos arts. 23, parágrafo único, e no art. 27, VIII mencionado [equivalentes aos arts. 37, §1º, e 45 da Lei 12.529/11]. Como o presente caso se trata de direito administrativo sancionador, recorre-se ao Código Penal, que regula o instituto da reincidência. Essa analogia é preconizada na Lei de Introdução ao Código Civil, que serve como norma geral para aplicação da legislação pátria:

*‘Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito’.*²⁷

²⁴ GUEDES, J., & SAHIONE, J. (2011). Debates em Direito da Concorrência. *Publicações da Escola da AGU*, p. 406-413.

²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermeneutica e aplicação do direito*. 20 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 171.

²⁶ BRASIL. Lei nº 4.657/42, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Decisão de 4 de setembro de 2007. Voto Conselheiro-relator Luis Fernando Rigato. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pe>

Cumpra mencionar que, embora o voto supracitado tenha sido proferido sob a égide da Lei nº 8.884/94, antiga Lei de Defesa da Concorrência, os dispositivos legais relacionados à reincidência constantes daquele diploma legal foram integralmente incorporados pela Lei nº 12.529, de 2011, atualmente vigente, motivo pelo qual as conclusões acima transcritas se mantêm coerentes.

Portanto, para configuração da reincidência concorrencial, torna-se necessária a existência de dois requisitos essenciais: (i) a condenação anterior transitada em julgado; e a (ii) prática de nova conduta anticompetitiva após o trânsito em julgado da primeira decisão condenatória, resguardado o prazo de 5 (cinco) anos entre elas.

Nota-se que não se trata de uma reincidência específica, ou seja, não é necessário que a infração à ordem econômica posterior tenha a mesma natureza que a antecedente. Portanto, mesmo envolvendo tipos infracionais diversos, a reincidência resta configurada, assim como no direito penal atualmente. Conforme disposto no supracitado voto:

A reincidência se dá independente de a infração ser da mesma natureza da infração objeto da decisão anterior, não se distinguindo mais entre reincidência genérica ou específica. Assim dispõe a Lei nº 7.209/84, que deu nova redação aos antigos dispositivos legais que regulavam o tema (antigos arts. 46 e 47).²⁸

O critério da temporariedade (ou transitoriedade) da reincidência adotado pelo Código Penal vigente é igualmente aplicado ao processo administrativo antitruste. Desse modo, se entre a data da condenação anterior e da prática de nova infração tiver decorrido prazo superior a 5 (cinco) anos, a configuração da reincidência estará prejudicada.

Em que pesem os critérios acima evidenciados, em razão do amplo controle judicial dos atos administrativos, existe a possibilidade de a decisão condenatória antecedente proferida pelo Cade ter seus efeitos alterados pelo Poder Judiciário, gerando controvérsias quanto ao momento da caracterização do trânsito

squisa_rapida&id_protocolo=37502&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000976&infra_hash=51b67d865e6b7b401b00a4599bb44c72a258f414f5f43c6cdd5906013c33f81f>. Acesso em: 7 de abr. de 2017.

²⁸ Idem.

em julgado e, conseqüentemente, quanto à configuração, ou não, da reincidência do agente infrator.

Nesse sentido, doravante será analisado o controle judicial das decisões prolatadas pelo Cade, bem como suas implicações na caracterização da reincidência do âmbito do direito antitruste.

2.3 O controle judicial das decisões do Cade e suas implicações na caracterização da reincidência antitruste

O ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema de jurisdição una, em que o exercício da função jurisdicional é privativo do Poder Judiciário. Nesse sentido, embora possam existir decisões de natureza administrativa, proferidas por órgãos ou entidades da Administração Pública, tais decisões são passíveis de amplo controle pelo Poder Judiciário.²⁹

Esse controle se baseia no consagrado princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, esculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. De acordo com o mencionado dispositivo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.³⁰ Conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tal princípio constitucional assegura que, “em cada caso em que se manifeste lesão a direito individual, de qualquer espécie, o Judiciário dirá a última palavra e, como é sua função, aplicará a lei”.³¹

Assim, não obstante o Cade desempenhe funções de órgão julgador, caso haja lesão ou ameaça de lesão a direito dos administrados, o Poder Judiciário poderá revisar os atos decisórios do referido ente administrativo, anulando ou suspendendo, parcial ou totalmente, suas decisões, sendo possível o reexame integral de fatos e provas colhidas durante a instrução do processo administrativo sancionador, assim como uma mudança de interpretação em relação ao direito material aplicável ao caso concreto. Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

²⁹ OLIVEIRA, A. F. *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 12.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo – 14ª Edição*. 2005, Ed. Lumen Juris. p. 54.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988 – 3ª Edição*, 2000, Saraiva. p.56.

[...] muito embora funcione institucionalmente como um tribunal julgante, o Cade não perde sua vinculação ao Poder Executivo. Por essa razão, dentro da ideia de *checks and balances* (freios e contrapesos), as decisões do Cade não fogem à regra da ampla revisão do Poder Judiciário, quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundidade da cognição), em homenagem à cláusula de inafastabilidade inserida no art. 5º, XXXV, da CF [...].³²

Em decorrência desse controle judicial das decisões do Cade, controvérsias podem surgir quanto à configuração da reincidência antitruste, em especial no tocante ao preenchimento de um dos requisitos essenciais a sua aplicação: a existência de condenação anterior transitada em julgado.

Como visto, o Código Penal exige, para a configuração da reincidência, a existência de decisão condenatória anterior transitada em julgado. Por analogia, tal exigência se aplica ao direito concorrencial. Contudo, a transposição desse requisito penal para o âmbito antitruste sem as devidas adequações origina duas correntes interpretativas divergentes no tocante ao momento em que deverá ser considerado o trânsito em julgado da primeira decisão condenatória proferida pelo Cade.

Desse modo, analisam-se abaixo as mencionadas correntes interpretativas, expondo seus fundamentos balizadores e, posteriormente, as eventuais complicações práticas delas derivadas.

2.3.1 Correntes interpretativas

2.3.1.1 Trânsito em julgado judicial

A primeira corrente interpretativa, de caráter mais amplo, considera que, para configuração da reincidência no direito concorrencial, a decisão condenatória anterior prolatada pelo Tribunal do Cade não pode ser suscetível de desconstituição pelo Poder Judiciário. Ou seja, a mera existência de discussão judicial sobre a ocorrência da primeira infração seria suficiente, por si só, para obstar a aplicação da multa em dobro fundada na reincidência.

Tal posicionamento foi adotado pela empresa Eli Lilly no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, exposto no Capítulo 1 deste trabalho. De maneira sintetizada, segundo a mencionada empresa:

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). EDcl no Resp n. 1.181.643 – RS (2010/0028927-4), julgado em 9 de agosto de 2011.

Uma decisão será considerada transitada em julgado quando não houver a possibilidade de se apresentar recurso, ou seja, quando estiver ausente a possibilidade de reverter a decisão. [...]

Considerando que uma decisão do Tribunal do Cade é passível de revisão pelo Poder Judiciário, havendo contestação da empresa no âmbito judicial, está afastada a existência de "decisão transitada em julgado".³³

De acordo com os ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara, no contexto dos processos judiciais, uma decisão transita em julgado a partir do momento em que se torna irrecorrível, seja porque as partes não interpuseram o recurso cabível no prazo legal, seja porque a situação jurídica verificada não admite mais o de reexame daquela matéria.³⁴

Como efeito, o trânsito em julgado das decisões judiciais enseja a formação da chamada coisa julgada. Conforme conceitua José Arnaldo Vitagliano,

Coisa julgada é a entrega final, por parte do judiciário, da tutela jurisdicional ao litigante; é o pronunciamento final do julgador acerca do caso colocado ao seu crivo, pondo fim ao litígio e resolvendo as questões colocadas em discussão, da qual não existe mais recurso, devido à incidência do trânsito em julgado ou devido à extenuação, ao esgotamento de todo e qualquer recurso cabível, tornando, assim, em tese, imutável a decisão judicialmente expedida.³⁵

Considerando que a imutabilidade das decisões é uma característica intrínseca do trânsito em julgado, de acordo com a corrente interpretativa em apreço, a simples possibilidade de revisão judicial das decisões condenatórias proferidas pelo Cade afastaria, por si só, o requisito legal da condenação anterior transitada em julgado, inerente à caracterização da reincidência.

Dessa forma, caso a primeira condenação administrativa seja – ou possa ser – questionada judicialmente, mesmo que o agente posteriormente pratique nova conduta anticompetitiva, o Tribunal do Cade não poderia aplicar a multa em dobro com base na reincidência infracional.

2.3.1.2 *Trânsito em julgado administrativo*

De modo diverso, a segunda corrente interpretativa, de caráter mais restrito, considera que, para caracterização da reincidência no direito antitruste, é

³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 (Pro Genéricos e Eli Lilly).

³⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de direito processual civil. Vol. 1. 25ª ed. Atlas, 2014. p. 522.

³⁵ VITAGLIANO, José Arnaldo. Coisa Julgada e Ação Anulatória. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 32.

necessária tão somente a existência de coisa julgada administrativa, de modo que a presença de qualquer decisão judicial, que não transitada em julgado, seria indiferente para aplicação da multa em dobro baseada na reincidência.

Conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho, a coisa julgada administrativa consiste na “situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa”.³⁶ No mesmo sentido, segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, “a chamada ‘coisa julgada administrativa’ implica, para ela, a definitividade dos efeitos de uma decisão que haja tomado”.³⁷

Assim, em que pese a possibilidade de revisão judicial, para fins de caracterização da reincidência, uma vez verificada a imutabilidade administrativa da primeira decisão proferida pelo Cade, caso sobrevenha uma nova decisão condenatória, desde que respeitado o critério temporal, restará caracterizada a reincidência, devendo ser aplicada a multa em dobro em face do agente infrator.

Tal entendimento, endossado pelo Tribunal do Cade em alguns julgados recentes, apoia-se, sobretudo, nos princípios da independência das instâncias e da precaução.³⁸ De acordo com a ex-Conselheira Ana Frazão em seu voto proferido no caso Eli Lilly:

Embora as decisões do CADE estejam sujeitas ao escrutínio do Poder Judiciário, não há como sustentar que o trânsito em julgado da decisão em âmbito administrativo depende do provimento final em âmbito judicial. A interpretação, na verdade, desconsidera integralmente o princípio da

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 14ª Edição. 2005, Ed. Lumen Juris.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”. São Paulo: Editora Malheiros, 17ª edição, p. 421.

³⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company. Relatora: Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Brasília, 24 de junho de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vsNM4NTsG6-0yCyijaOV-4Vo-BMVEtSXKlrLJKEJXIFMw,,>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017. e BRASIL. Processo Administrativo nº 08700.000649/2013-78. Representante: Ministério Público do Estado de Minas. Representada: Agente do Mercado de Postos Revendedores de Combustíveis na Cidade de Uberlândia (MG). Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=2818&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000976&infra_hash=82a6391ef2c2c1e5770bdd840b21192a813fcf04f9ac5c3f3ac4cfe460ab8eea>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017.

independência de instâncias, que vigora no ordenamento jurídico brasileiro. [...]

A reincidência, contudo, depende tão somente da existência de coisa julgada administrativa, de modo que, não sendo possível a modificação do julgado pela autoridade antitruste, não há como afastar o instituto, desde que preenchido o requisito temporal exigido na hipótese. [...]

[...] a reincidência só poderia ser afastada caso existisse decisão judicial transitada em julgado, alterando o julgamento proferido pelo CADE

A declaração, aliás, atende a um princípio de precaução, diante da possibilidade de revisão da decisão em favor do CADE. De fato, caso fosse afastada a reincidência e, posteriormente, houvesse a revisão da decisão pelas instâncias superiores, já não haveria como aplicar o instituto à hipótese, de modo que haveria o locupletamento injusto da representada, ante a aplicação de sanção que não refletiria a reprovabilidade da conduta em toda sua extensão.³⁹

Dessa forma, considerando a presunção de legalidade dos atos administrativos, e que a existência de uma decisão provisória (sentença, tutela antecipada, etc.) do Poder Judiciário não seria suficiente para afastar tal presunção, pois tais decisões são passíveis de serem revistas pelas instâncias superiores, para que a multa em dobro seja aplicada com base na reincidência, bastaria que a primeira decisão condenatória proferida pelo Cade tivesse transitado em julgado em âmbito administrativo.

2.3.1.3 *A inaplicabilidade das correntes interpretativas existentes*

Por serem antagônicas e extremadas em seus posicionamentos, as correntes interpretativas acima delineadas ensejam algumas complicações práticas quanto à caracterização do instituto da reincidência no direito concorrencial.

Como visto, de acordo com a primeira corrente, para configuração da reincidência antitruste, a decisão condenatória anterior prolatada pelo Tribunal do Cade não poderia ser suscetível de desconstituição judicial. Em outras palavras, o mero ajuizamento de uma demanda questionando a ocorrência da primeira infração – ou a simples possibilidade de ajuizá-la – seria suficiente, por si só, para obstar a aplicação da multa em dobro fundada na reincidência.

³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company. Relatora: Conselheira Ana de Oliveira Frazão. Brasília, 24 de junho de 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vsNM4NTsG6-0yCyijaOV-4Vo-BMVEtSXKlrLJKEJXIFMw,,>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017.

Contudo, a própria Lei de Defesa da Concorrência estabelece, em seu art. 98, que o “oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas [...]”.⁴⁰

Em outras palavras, o simples oferecimento de embargos ou qualquer outra ação judicial não é, por si só, capaz de obstar a execução, que somente poderá ser suspensa caso seja garantido o juízo, isto é, caso o agente infrator deposite o montante devido.

Ademais, mesmo que se desconsidere o dispositivo legal acima citado, ao adotar tal posicionamento o instituto da reincidência perderia, em grande medida, sua aplicabilidade prática em razão da morosidade judiciária no julgamento desse tipo de demanda.

De acordo com pesquisa empírica realizada sobre o controle judicial das decisões do Cade, no período de junho de 1994 a abril de 2010, o tempo médio de tramitação total dos processos judiciais que impugnavam decisões administrativas emanadas do Cade era de 5 anos e 3 meses. Ou seja, entre o ajuizamento da ação e seu trânsito em julgado, esse tipo de demanda demorava, em média, mais de cinco anos até o pronunciamento final do Poder Judiciário.⁴¹

Importante notar que esse dado, já bastante indicativo da morosidade judicial, possivelmente subestima o real tempo de duração dessas demandas, pois, no período analisado, o número de casos em que ocorreu o trânsito em julgado foi diminuto. Como reconhecem os próprios pesquisadores, “o pequeno número de casos em que se operou o trânsito em julgado das decisões judiciais (...) é, por si só, significativo, pois reflete uma realidade inalterável, qual seja, a de que há poucos casos findos no Poder Judiciário”.⁴²

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

⁴¹ Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Federal (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*, Belo Horizonte: Fórum 2011. p. 45.

⁴² Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados*

No direito antitruste, assim como na seara criminal, a reincidência constitui uma circunstância agravante da sanção administrativa, resultando na imposição de multa em dobro ao agente infrator reincidente. Tal regra, de imposição de sanção mais gravosa, tem como finalidade precípua desincentivar que agentes já condenados por práticas anticompetitivas anteriores voltem a cometê-las. Além do mais, o agravamento da sanção imposta se torna primordial, uma vez que a condenação anterior demonstrou ser insuficiente para coibir novas práticas contrárias à lei de defesa da concorrência.

Todavia, ao adotar a corrente interpretativa em apreço, enquanto não encerrada a controvérsia judicial acerca da primeira multa, o Cade não poderia valer-se do instrumento da multa em dobro para dissuadir agentes infratores da reiteração de condutas anticompetitivas. Ou seja, uma vez ajuizada a ação questionando a primeira decisão condenatória prolatada pelo Cade, mesmo que o agente pratique uma nova conduta anticompetitiva, a sanção mais gravosa – multa em dobro – não poderia ser aplicada.

Mais do que isso, a exigência de trânsito em julgado judicial para caracterização da reincidência poderia, até mesmo, favorecer que agentes infratores adotassem um comportamento processual protelatório perante o Poder Judiciário, com o objetivo de frustrar a aplicação de multas mais gravosas em decorrência de reiteração infracional.

Por essas razões, verifica-se que a tese do trânsito em julgado judicial reduz, significativamente, a efetividade do instituto da reincidência previsto na Lei de Defesa da Concorrência e, desse modo, não representa a melhor solução interpretativa dos requisitos de aplicação da multa em dobro.

Como alternativa a esse entendimento, a segunda corrente interpretativa, de caráter mais restrito, considera que, para caracterização da reincidência, seria necessária tão somente a existência de coisa julgada administrativa, de modo que a presença de qualquer decisão judicial, que não transitada em julgado, seria indiferente para a aplicação da multa em dobro.

Embora tal corrente assegure maior efetividade ao instituto da reincidência, algumas incongruências jurídicas advindas dessa linha interpretativa merecem ser consideradas.

Ao levar em conta somente o trânsito em julgado administrativo, tal posicionamento despreza o fato de que algumas decisões judiciais, mesmo não transitadas em julgado, produzem efeitos no mundo jurídico. Dito de outra forma, tal corrente ignora que a eficácia e a imutabilidade das decisões judiciais são atributos que não se confundem, sendo perfeitamente admissível, no direito brasileiro, que uma decisão judicial provisória (sentença, tutela antecipada, etc.) seja apta à produção de efeitos.

Esse tema – distinção entre eficácia e imutabilidade de atos judiciais – é bem explorado pela doutrina processual civil quando se discute as relações entre a eficácia das sentenças e o fenômeno da coisa julgada. Conforme ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, a eficácia da sentença

[...] é a aptidão da sentença para produzir efeitos, característica distinta da autoridade da coisa julgada [...]. A sentença pode produzir efeitos antes mesmo de estar acobertada pela autoridade da coisa julgada.⁴³

Corroborando esse entendimento de que “a eficácia da sentença e a sua imutabilidade suscitam duas ordens de questões inconfundíveis e, em linha de princípio, autônomas” e de que “nada nos força a admitir correlação necessária entre os dois fenômenos”, o doutrinador Barbosa Moreira reafirma que “pode a sentença produzir efeitos, no todo ou em parte, antes do trânsito em julgado”.⁴⁴

Exatamente por essa razão, por exemplo, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo.⁴⁵

Cabe observar, neste ponto, que mesmo decisões judiciais que não se qualificam como sentença – isto é, pronunciamentos judiciais que não ponham fim à

⁴³ NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 9 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C. "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro" In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

fase cognitiva do procedimento comum, nem extingam a execução – podem produzir efeitos jurídicos. É o caso das decisões judiciais que concedem tutelas provisórias: embora passíveis de modificação, elas são eficazes e, estatui o Código de Processo Civil, “conservam sua eficácia na pendência do processo”.⁴⁶

Com base nessas premissas, nota-se que a tese do trânsito em julgado administrativo – ao desconsiderar, para fins de reincidência, a existência de decisão judicial provisória suspendendo os efeitos da primeira condenação – acaba por negar autoridade a decisões do Poder Judiciário e, desse modo, por ofender a própria garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

De acordo com a segunda corrente interpretativa, o Tribunal do Cade estaria, portanto, autorizado a reconhecer a reincidência e aplicar a multa em dobro ainda quando, por exemplo, existisse pronunciamento judicial, em sede de liminar de mandado de segurança, suspendendo os efeitos da primeira condenação administrativa. Todavia, tal entendimento se releva incompatível com os princípios constitucionais e processuais que regem a relação entre a Administração Pública e o Poder Judiciário.

É certo que, ao adotar esse posicionamento, a segunda linha interpretativa tem em mente uma legítima preocupação com a excessiva complexificação e instabilização da aplicação da multa em dobro fundada na reincidência.

De fato, restaria inviabilizada a aplicação da legislação antitruste, caso o Cade, para reconhecer a reincidência, sempre tivesse que verificar a pendência de controvérsia judicial acerca da primeira multa e, mais, proceder à análise da evolução dessa lide a fim de detectar a existência de decisão judicial eficaz favorável ao agente infrator, suspendendo os efeitos da primeira condenação.

Além disso, vincular a aplicação da multa em dobro ao estágio em que se encontra o processo judicial relativo à primeira condenação traria um significativo grau de instabilidade ao instituto da reincidência. Isso porque, antes do trânsito em julgado, as decisões emanadas do Poder Judiciário são mutáveis e, assim, a

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

situação processual que, em dado momento, justificou a aplicação ou o afastamento da multa em dobro, poderia, no momento seguinte, não mais subsistir.

Exemplificando, como proceder quando, logo após a aplicação da multa em dobro, sobrevém decisão judicial provisória suspendendo os efeitos da primeira decisão condenatória do Cade? No sentido inverso, como proceder quando vem a ser revertida a decisão judicial que suspendia os efeitos da primeira condenação do Cade e que, portanto, afastou, no momento anterior a essa reversão, a aplicação da multa em dobro?

A preocupação da segunda corrente interpretativa com a complexidade e a instabilidade da aplicação da multa em dobro se revela plenamente justificada. O que não está correto, todavia, é a solução encontrada para o problema: a simples desconsideração dos efeitos gerados por decisões judiciais provisórias.

Ante as complicações práticas evidenciadas neste capítulo, verifica-se que as correntes interpretativas atualmente existentes possuem inconsistências que dificultam uma aplicação efetiva e razoável do instituto da reincidência no direito concorrencial.

Nesse contexto, no próximo capítulo será desenvolvida uma terceira corrente interpretativa, que, para além da discussão acerca do momento de caracterização do trânsito em julgado, propõe uma diferenciação entre a aplicabilidade e a exigibilidade do dobro da multa fundada na reincidência. Para tanto, vale-se, por analogia, das disposições contidas no Código Tributário Nacional (CTN) relativas à suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

3. TERCEIRA CORRENTE

3.1 Suspensão de exigibilidade do crédito tributário

No âmbito do direito tributário, a obrigação de pagar determinado tributo surge com a ocorrência do chamado fato gerador, isto é, a situação definida em lei como necessária e suficiente à incidência da norma tributária impositiva. De acordo com os ensinamentos de Bernardo de Moraes,

“Fato gerador, portanto, constitui expressão jurídica que indica uma situação de fato fixada em lei ordinária, cuja ocorrência é necessária e suficiente para dar nascimento à respectiva obrigação tributária. Trata-se, pois, acima de tudo, de um fato jurídico, ou melhor, de um fato material que produz efeitos jurídicos (o direito nasce de um fato ou de um conjunto de fatos)”.⁴⁷

A mera ocorrência do fato gerador, no entanto, não basta para que a obrigação tributária se torne líquida, certa e exigível. Para tanto, a legislação tributária requer a prática de um ato formal, denominado lançamento, por meio do qual a autoridade administrativa constitui o crédito tributário, ou seja, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido e identifica o sujeito passivo da obrigação tributária (art. 142 do Código Tributário Nacional). Tão somente após a realização do lançamento, está a Administração Tributária autorizada a exigir a satisfação do crédito tributário.

Ao dispor sobre o crédito tributário, o Código Tributário Nacional elenca um rol de hipóteses que ensejam a suspensão de sua exigibilidade. Conforme dispõe o art. 151 do CTN:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial

VI – o parcelamento.

⁴⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Curso de Direito Tributário, “Sistema Tributário da Constituição de 1969”, Vol. I., São Paulo: Revista dos Tribunais. Compêndio de Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.⁴⁸

Nota-se que, ao lado da moratória, do depósito integral, das reclamações e recursos administrativos e do parcelamento, a legislação tributária considera como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário um evento especialmente relevante para o presente trabalho: a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em mandado de segurança ou outras espécies de ação judicial.

Ao tratar das hipóteses de suspensão a que aludem os incisos IV (“concessão de medida liminar em mandado de segurança”) e V (“concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”) do art. 151, a doutrina trilha interpretação abrangente, atribuindo aptidão para suspender a exigibilidade do crédito tributário a qualquer espécie de tutela judicial provisória, independentemente da modalidade de ação em que é concedida:

Considerando que cabe ao Judiciário o controle da legalidade dos atos administrativos (sistema de jurisdição una) e que suas decisões devem ser respeitadas não apenas pelos particulares, mas pela Administração, que a elas está sujeita, qualquer decisão judicial que disponha no sentido de que o fisco não possa atuar contra o contribuinte em determinada hipótese tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, não importando se tenha sido proferida nos autos de Mandado de Segurança ou qualquer outro tipo de ação (Ordinária, Cautelar, etc.).⁴⁹

Neste ponto, cabe observar que, para o direito tributário, a concessão de tutela provisória pelo Poder Judiciário tem a aptidão não exatamente de desconstituir o crédito tributário lançado pela autoridade administrativa, mas tão somente de impedir que a Administração Tributária venha a exigí-lo.

Em outras palavras, concedida tutela judicial provisória, o ato de lançamento permanece hígido, restando afastada apenas a exigibilidade do crédito tributário. Nesse sentido, conforme leciona Elisabeth Lewandowski Libertuci: “[...] a suspensão da exigibilidade do crédito não significa sua desconstituição; o crédito

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 7 abr. de 2016.

⁴⁹ PAULSEN, Leandro. Direito Tributário - Constituição e Código Tributário - 12ª Ed. 2010. P. 1039.

continua existindo do mesmo modo como surgiu, com a ocorrência do fato gerador, aperfeiçoando-se com a constituição pelo lançamento”.⁵⁰

Mesmo quando a tutela provisória é concedida de forma preventiva, isto é, anteriormente ao lançamento do crédito tributário, entende-se que ela não obsta que a autoridade tributária constitua o crédito tributário. Desse modo, acrescenta Elisabeth Lewandowski,

Caso [o crédito tributário] ainda não tenha sido constituído formalmente, a despeito de verificada a hipótese de suspensão, poderá sê-lo por meio do lançamento, sendo suspensos apenas os atos da Fazenda tendentes à compelir o contribuinte a efetuar o pagamento do montando devido.⁵¹

Tal entendimento – de que a tutela provisória concedida pelo Judiciário suspende a exigibilidade do crédito, mas não impede seu lançamento – encontra guarida também na jurisprudência, como bem evidencia o seguinte acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IPTU. CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. LANÇAMENTO. NÃO IMPEDIMENTO.

A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede a prática de qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita o Fisco de proceder ao lançamento com o desiderato de evitar a decadência, cuja contagem não se sujeita às causas suspensivas ou interruptivas.⁵²

Conforme observado, para o direito tributário, embora as decisões judiciais provisórias possam interferir na exigibilidade de créditos tributários, elas não afetam a constituição (lançamento) desses créditos.

Importante notar que, caso a tutela provisória concedida venha a tornar-se definitiva, isto é, venha a ser confirmada por decisão judicial transitada em julgado, o crédito tributário cuja exigibilidade estava suspensa será extinto, nos

⁵⁰ LIBERTUCI, Elisabeth. Comentários ao Código Tributário Nacional', volume 2: arts. 96 a 218/lves Gandra da Silva Martins, coordenador. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 328

⁵¹ Idem.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AREsp 356479 SP 2013/0177391-1. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Voto. 21 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339745083/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-356479-sp-2013-0177391-1>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017.

termos do art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional. Até que isso ocorra, todavia, permanece íntegro o ato de lançamento já praticado e resta resguardada a possibilidade de lançar o crédito tributário ainda não constituído.

Desse modo, percebe-se que a legislação tributária consagra um postulado extremamente importante para a problemática posta no presente trabalho: a independência entre a constituição e a exigibilidade do crédito tributário.

3.2 Suspensão de exigibilidade dos créditos não tributários

Apesar de as disposições contidas no Código Tributário Nacional versarem unicamente sobre créditos de natureza tributária, as regras de suspensão de exigibilidade acima expostas podem ser aplicadas, por analogia, aos créditos não tributários.

A Lei nº 4.320, de 1964, que estatui as normas gerais de direito financeiro, ao dispor sobre a dívida ativa fazendária, conceitua créditos tributários, como sendo aqueles provenientes “de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas” e crédito não tributário, por exclusão, como “os demais créditos da Fazenda Pública”, tais como aqueles derivados de multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, laudêmios, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, entre outros.⁵³

Não obstante essa distinção conceitual, o ordenamento jurídico brasileiro contempla relevantes equiparações entre ambas as espécies de créditos da Fazenda Pública.

A Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 1980), por exemplo, estabelece expressamente, em seu art. 2º, que o regime de cobrança judicial dos créditos fazendários se aplica indistintamente aos créditos tributários e não tributários. Nesse sentido, segundo Humberto Theodoro Júnior, “A Lei n. 6.830 dá abrangência ampla ao conceito de Dívida Ativa e admite a execução fiscal como

⁵³ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 7 abr. de 2016.

procedimento judicial aplicável tanto à cobrança dos créditos tributários como dos não-tributários”.⁵⁴

Em outra passagem, a Lei de Execução Fiscal determina que as disposições legais relativas às preferências do crédito tributário – previstas no art. 186 a 192 do Código Tributário Nacional – também se aplicam aos créditos de natureza não tributária. Dessa forma, resguardadas as exceções legais, os créditos não tributários “preferem a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição”.⁵⁵ Consoante reconhece a exposição de motivos do anteprojeto que originou a Lei de Execução Fiscal, essa equiparação entre as preferências dos créditos tributários e não tributários atende ao “interesse fundamentalmente público de toda a realização da receita”.⁵⁶

Além das equiparações contempladas na Lei de Execução Fiscal, os Tribunais vêm aplicando, por analogia, as regras de suspensão de exigibilidade dos créditos tributários aos não tributários.

Nesse sentido, é possível observar diversos precedentes dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) e Tribunais de Justiça dos Estados (TJs) admitindo, com base em interpretações analógicas do art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, a possibilidade de suspensão da exigibilidade dos créditos não tributários em caso de depósito do seu montante integral:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. MULTA ADMINISTRATIVA. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. CADIN.

[...] 2. Embora inexista previsão legal expressa, é aplicável, consoante posicionamento jurisprudencial, o disposto no art. 151, II, do CTN aos créditos de natureza não-tributária, sendo necessário o prévio depósito do montante integral da dívida para a suspensão de sua exigibilidade.⁵⁷

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência. 7. Ed. – São Paulo Saraiva, 2000. p14.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 7 abr. de 2016.

⁵⁶ BRASIL. Exposição de Motivos nº 223 da Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980.. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6830-22-setembro-1980-366127-norma-pl.html>>. Acesso em: 7 de abr. de 2017

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Agravo de Instrumento. Processo nº 2016.00.00.000284-6. Agravante: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT. Agravado: BIANCAL INDUSTRIA E COMERCIO DE CAL LTDA. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=2016.00.00.000284-6&adv=1&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&sort=date%3AD%3A%3Ad1&base=JP-TRF>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. SEGURO GARANTIA JUDICIAL ACEITO COMO CAUÇÃO IDÔNEA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. MULTA ADMINISTRATIVA. DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. ART. 39, §2º DA LEI Nº 4.320/64. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 151, II DO CPC E DO ENUNCIADO Nº 112 DA SÚMULA DO STJ. ROL DO ART. 151 DO CTN. TAXATIVIDADE. ART. 111, I DO CTN. PORTARIA PGF/AGU/PR nº 437/2011 (ART. 5º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO). DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO. CONDIÇÃO PARA SUSPENSÃO. OFERTA DE GARANTIA JUDICIAL. EXIGIBILIDADE NÃO SUSPENSA.

No que tange ao crédito não tributário, inexistente previsão legal sobre a suspensão de sua exigibilidade. Porém, no âmbito deste Tribunal, tem-se aplicado, por analogia, à suspensão da exigibilidade de crédito não tributário o art. 151 do CTN.⁵⁸

ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 151, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES DO TRF4.

1. Trata-se de apelação, nos autos do processo cautelar de caução, em que a parte autora pleiteia a suspensão da exigibilidade da multa ambiental e a retirada do seu nome do CADIN. 2. A jurisprudência é pacífica no sentido de deferir a suspensão da exigibilidade da multa aplicada, caso apresentada garantia idônea. 3. Possibilidade de aplicação por analogia do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. 4. Provimento da apelação, invertida a sucumbência.⁵⁹

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA ADMINISTRATIVA. DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI. ART. 151, II, DO CTN. POSSIBILIDADE. GARANTIA DO DÉBITO.

A despeito de não haver legislação específica acerca da suspensão da exigibilidade dos créditos que integram a "Dívida Ativa não tributária", é possível, através da aplicação analógica, a suspensão do referido crédito mediante o depósito do montante integral. Inteligência do art. 151, II, do CTN.⁶⁰

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Agravo de Instrumento. 2015.00.00.013692-5. Agravante: Transportadora Associada De Gás S.A. - TAG. Agravado: instituto brasileiro do meio ambiente e dos recursos Naturais renováveis - IBAMA. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=2015.00.00.013692-5&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível. 50168461620144047001. Apelante: Wajdi Ibrahim Construcao e Empreendimentos Ltda - Epp. Agravado: Instituto Brasileiro Do Meio Ambiente E Dos Recursos Naturais Renovaveis - IBAMA. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=utAS&hdnRefId=4731063ca1f5ab6436d8cb77fedc37&selForma=NU&txtValor=50168461620144047001&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01%2F01%2F1970&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Agravo de Instrumento. 08058093420154050000. Agravante: Transportadora Associada De Gás S.A. - TAG. Agravado: instituto brasileiro do meio ambiente e dos recursos Naturais renováveis - IBAMA. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=2015.00.00.013692-5&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt>

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO INTEGRAL E EM DINHEIRO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 151 DO CTN. POSSIBILIDADE.

3. Conquanto o crédito em questão não tenha natureza tributária, dado que resultante de um auto de infração administrativa, é plenamente possível a aplicação analógica das hipóteses de suspensão previstas no Código Tributário Nacional ao presente.⁶¹

Essa interpretação analógica baseia-se, sobretudo, no fato de que a Lei de Execução Fiscal equipara os créditos tributários e não tributários para fins de cobrança judicial. De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que indeferiu pedido de medida liminar em ação cautelar, preparatória à anulatória de autos de infração - Depósito efetuado para os fins do artigo 151, II, do CTN - Créditos de natureza não tributária - Aplicabilidade, por analogia, das disposições do CTN - Agravo provido.

Suma injusta, se ao devedor de uma multa administrativa não for dado obter em juízo a suspensão da exigibilidade do crédito de natureza não tributária, com afronta ao princípio constitucional da isonomia. É devedor (enquanto não desconstituído o crédito) de uma quantia ao Fisco, decorrente de lançamento por auto de infração, cuja cobrança obedece ao mesmo regime jurídico do crédito tributário, previsto na lei 6830/80. Ao questionar a legitimidade da punição, depositando o valor da respectiva multa, não se vê porque não se lhe conceder o mesmo tratamento devido ao sujeito passivo de um tributo. Assim sendo, cabe a suspensão postulada, por aplicação analógica do CTN [...].⁶²

Também com base em analogia, os Tribunais têm concedido a suspensão da exigibilidade de créditos não tributários, quando verificados os requisitos da tutela provisória (plausibilidade jurídica e perigo da demora), independentemente do depósito do montante devido. Tal entendimento foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região no seguinte julgado:

&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Agravo de Instrumento. 08058093420154050000. Agravante: Transportadora Associada De Gás S.A. - TAG. Agravado: instituto brasileiro do meio ambiente e dos recursos Naturais renováveis - IBAMA. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=2015.00.00.013692-5&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em 7 de abr. de 2017

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Agravo de Instrumento. 0193812-66.2007.8.26.0000. Agravante: Ccf Brasil Leasing Arrendamento Mercantil S/A. Agravado: UNIÃO Federal (Fazenda Nacional). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=5AA182B6E9C8C14981B39694EFDEE16F.cposg8?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-2&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0193812-66.2007&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0193812-66.2007.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso em 7 de abr. de 2017

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ANP. IDENTIFICAÇÃO DE NÃO CONFORMIDADES. LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO. PERÍODO CONCEDIDO PARA SANAR IRREGULARIDADES. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DEFERIMENTO. AGRÁVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a antecipação de tutela pleiteada consistente na suspensão da exigibilidade do crédito não tributário (multa) independentemente do depósito judicial integral do valor exigido e na abstenção de inscrição do nome da empresa no CADIN e/ou quaisquer cadastros restritivos. [...] 5. Agravo de instrumento provido.⁶³

Em outro caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região não apenas entendeu pertinente a suspensão da exigibilidade do crédito não tributário sem a necessidade do depósito do montante devido, como expressamente considerou aplicável, por analogia, o inciso V do art. 151 do CTN, que prevê como hipótese suspensiva da exigibilidade “a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”.⁶⁴ De acordo com o referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DE NORMAS TRIBUTÁRIAS – POSSIBILIDADE - AGRG IMPROVIDO.

1. ‘Se o Código Tributário Nacional admite que o depósito do montante integral e a concessão de liminar, em qualquer tipo de ação judicial, têm a faculdade de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II e V), com tanto mais razão é legítima a suspensão da exigibilidade de crédito fiscal, não-tributário, já que a multa administrativa transforma-se em dívida ativa, equiparando-se a débito tributário, para fins de suspensão de sua exigibilidade. Precedentes desta Corte.’ (AG 2004.01.00.033278-4/DF, Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, Sétima Turma, DJ p.87 de 13/01/2006). 2. Com o advento da LC 104/2001, restou incontroversa a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, através de liminar em ação cautelar ou em tutela antecipada, e, em consequência, de exclusão do nome do contribuinte de cadastros de inadimplência e de expedição da certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do CTN. Precedentes do STJ e do TRF/1ª. Região. 3. Requisitos da tutela cautelar presentes. Decisão mantida. 4. Agravo regimental improvido.⁶⁵

⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Agravo de Instrumento. 0008138-36.2015.4.02.0000. Agravante: Hrt O&G; Exploração E Produção De Petróleo Ltda.. Agravado: ANP - Agencia Nacional De Petroleo, Gas Natural E Biocombustiveis. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=2015.00.00.013692-5&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 7 abr. de 2016.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Agravo regimental em agravo de instrumento nº 2008.01.00.059517-8/DF. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Unicard Banco Multiplo S/A. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=1e9f161fd2ae3ad1eef>

Tal entendimento – aplicação analógica do art. 151, inciso V, do CTN aos créditos não tributários – também tem sido adotado no âmbito da Justiça Estadual:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MULTA - PROCON - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - POSSIBILIDADE - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS PRESENTES - RECURSO A QUESE DÁ PROVIMENTO.

Uma vez constada a presença dos requisitos descritos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, impõe-se a concessão do pedido de tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito decorrente da aplicação de multa. Aplicação, por analogia, da norma trazida pelo artigo 151, V, do Código Tributário Nacional.⁶⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA DELCARATÓRIA DE NULIDADE - MULTA - PROCON - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - POSSIBILIDADE - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS - PREENCHIMENTO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 151, V - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - ANALOGIA - DECISÃO REFORMADA. Uma vez constada a presença dos requisitos descritos pelo artigo 273, do Código de Processo Civil, impõe-se a concessão do pedido de tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito decorrente da aplicação de multa. Aplicação, por analogia, da norma trazida pelo artigo 151, V, do Código Tributário Nacional.⁶⁷

A análise da atual jurisprudência evidencia, portanto, que os Tribunais brasileiros, com base em interpretações analógicas do Código Tributário Nacional, têm entendido ser juridicamente adequada a aplicação do regramento legal relativo à suspensão de exigibilidade dos créditos tributários aos créditos não tributários.

3.3 Aplicação analógica das regras de suspensão de exigibilidade do crédito tributário às multas impostas pelo Cade

A multa pecuniária aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) como sanção por infração à ordem econômica se enquadra no conceito de “multa administrativa de qualquer origem ou gênero, exceto as tributárias”, contido na Lei nº 4.320, de 1964, qualificando-se, por essa razão, como

17712dc992adc&trf1_captcha=cmb4&enviar=Pesquisar&proc=200801000595178&secao=TRF1 >. Acesso em 7 de abr. de 2017.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Agravo de Instrumento. 10145130351318001. Agravante: MMaritins Gas. E Serv.. Ltda. Agravado: ANP - Agencia Nacional De Petroleo, Gas Natural E Biocombustiveis. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120495964/agravo-de-instrumento-cv-ai-10145130351318001-mg>>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Agravo de Instrumento. 0193812-66.2007.8.26.0000 . Agravante: Ccf Brasil Leasing Arrendamento Mercantil S/A. Agravado: UNIÃO Federal (Fazenda Nacional). Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=5AA182B6E9C8C14981B39694EFDEE16F.cposg8?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-2&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0193812-66.2007&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0193812-66.2007.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>. Acesso em 7 de abr. de 2017.

crédito não tributário integrante da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Segundo os ensinamentos de Kiyoshi Harada:

A multa administrativa compõe o quadro de receitas públicas. É sanção pecuniária aplicada pela Administração Pública aos administrados em geral, em casos de infração ou inobservância da ordem legal [...].⁶⁸

Assim como ocorre com os demais créditos não tributários, o regime de cobrança judicial da multa aplicada pelo Cade se submete aos procedimentos previstos na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 1980). A própria Lei de Defesa da Concorrência prevê expressamente, em seu art. 94, que “a execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980”.⁶⁹

Com base nessas premissas, entende-se plenamente aplicável às multas impostas pelo Cade o entendimento, hoje prevalecente na jurisprudência, acerca da possibilidade de extensão analógica das regras atinentes à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários aos créditos não tributários.

Na definição de Carlos Maximiliano, “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. Para esse autor, o uso da interpretação analógica se baseia, sobretudo, no princípio da equidade jurídica, “o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes”.⁷⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, o emprego da analogia em caso de omissão legal constitui uma prerrogativa do julgador. Desse modo, conforme disciplina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.⁷¹

⁶⁸ HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 25. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo. Atlas, 2016

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 171.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 4.657/42, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

Portanto, sendo a Lei de Defesa da Concorrência omissa quanto à suspensão da exigibilidade da multa por infração à ordem econômica, e havendo legislação específica sobre a matéria aplicável a hipótese semelhante, mostra-se juridicamente possível o recurso à analogia. Mais do que possível, a aplicação analógica da legislação tributária referente à suspensão da exigibilidade de créditos fazendários se revela oportuna, na medida em que se apresenta como uma solução razoável para a problemática apresentada neste trabalho.

Como visto, no âmbito do direito tributário, a concessão de tutela provisória pelo Poder Judiciário tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art, 151, incisos IV e V, do CTN). Entretanto, o provimento judicial provisório não impede que a Administração efetue o lançamento do crédito fazendário. Em outras palavras, a legislação tributária consagra a independência entre a constituição (lançamento) e a exigibilidade do crédito tributário.

A transposição desse regramento para o âmbito do direito concorrencial pode ser empreendida da seguinte maneira: a concessão de tutela provisória pelo Poder Judiciário suspendendo os efeitos da primeira decisão condenatória prolatada pelo Cade não impede a aplicação da multa em dobro prevista no art. 37, inciso III, § 1º, da Lei de Defesa da Concorrência. Todavia, tal decisão judicial implica na suspensão da exigibilidade do dobro da multa.

Para que se aplique a multa em dobro fundada na reincidência infracional, basta que o Tribunal do Cade verifique a existência de dois quesitos: (i) a condenação anterior transitada em julgado administrativamente; e (ii) a prática de nova conduta anticompetitiva após o trânsito em julgado administrativo da primeira decisão condenatória, resguardado o prazo de 5 (cinco) anos entre elas. Presentes tais requisitos, resta caracterizada a reincidência antitruste e, portanto, aplicável a multa em dobro.

Se no momento da segunda condenação houver qualquer tipo decisão judicial provisória (sentenças, tutelas antecipadas, etc.) suspendendo os efeitos da primeira decisão condenatória prolatada pelo Cade, a multa em dobro continua sendo aplicável, mas sua exigibilidade ficará suspensa enquanto perdurar a decisão provisória.

Essa interpretação atende às justas preocupações que embasam ambas as correntes interpretativas anteriormente descritas neste trabalho, sem, no entanto, incorrer nas mesmas incongruências jurídicas que delas decorrem.

Como visto, a primeira corrente interpretativa considera que, para configuração da reincidência no direito concorrencial, a decisão condenatória anterior prolatada pelo Tribunal do Cade não poderia ser suscetível de desconstituição pelo Poder Judiciário. Ou seja, a mera existência de discussão judicial sobre a ocorrência da primeira infração seria suficiente, por si só, para obstar a aplicação da multa em dobro fundada na reincidência.

De acordo com a corrente interpretativa em apreço, a imutabilidade das decisões é uma característica intrínseca do trânsito em julgado, de modo que a simples possibilidade de revisão judicial das decisões condenatórias proferidas pelo Cade afastaria, por si só, o requisito legal da condenação anterior transitada em julgado, inerente à caracterização da reincidência. Por esse motivo, a aplicação da multa em dobro fundada na reincidência somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado judicial.

Todavia, ao adotar tal posicionamento, o instituto da reincidência perderia, em grande medida, sua aplicabilidade prática em razão da morosidade judiciária no julgamento desse tipo de demanda.

Por esse motivo, para fins de caracterização da reincidência, a corrente interpretativa proposta neste trabalho considera o trânsito em julgado administrativo. Ao adotar o posicionamento proposto, o Tribunal do Cade não precisaria aguardar o pronunciamento final do Judiciário para aplicar a multa em dobro. Dessa forma, a efetividade do instituto da reincidência não estaria sujeita à morosidade judicial, de modo que a aplicação imediata da multa em dobro cumpriria sua função precípua de dissuadir os agentes infratores a reincidirem em práticas infracionais.

Tal entendimento coincide parcialmente com aquele adotado pela segunda corrente interpretativa, quando considera que, para caracterização da reincidência no direito antitruste, seria necessária tão somente a existência de coisa julgada administrativa. A proposta ora apresentada, contudo, diferencia-se da segunda corrente, pois rejeita a afirmação de que a presença de qualquer decisão

judicial, que não transitada em julgado, seria indiferente para a aplicação da multa em dobro baseada na reincidência.

Conforme exposto anteriormente, a segunda corrente interpretativa argumenta que vincular a aplicação da multa em dobro ao estágio em que se encontra o processo judicial relativo à primeira condenação traria um significativo grau de instabilidade ao instituto da reincidência. Isso porque, antes do trânsito em julgado, as decisões emanadas do Poder Judiciário são mutáveis e, assim, a situação processual que, em dado momento, justificou a aplicação ou o afastamento da multa em dobro, poderia, no momento seguinte, não mais subsistir.

Apesar dessa preocupação com a instabilidade na aplicação da multa em dobro ser plenamente justificada, a simples descon sideração dos efeitos gerados por decisões judiciais provisórias representa uma solução juridicamente inadequada.

Ao considerar o trânsito em julgado administrativo, a corrente interpretativa aqui proposta não ignora que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, mesmo que em caráter provisório, são aptas a produzirem efeitos jurídicos. O que se propõe, contudo, é que os efeitos derivados dessas decisões se limitariam a suspender a exigibilidade do dobro da multa, sem interferir em sua aplicabilidade.

Assim, ao diferenciar a aplicabilidade e a exigibilidade do dobro da multa, a solução interpretativa desenvolvida neste trabalho supera a incongruência jurídica derivada da segunda corrente interpretativa, pois garante a estabilidade do instituto da reincidência, sem negar, contudo, a autoridade das decisões do Poder Judiciário.

De forma sintetizada, o posicionamento interpretativo desenvolvido ao longo deste capítulo se baseia, sobretudo, nas seguintes premissas:

- (i) O mero questionamento judicial da primeira decisão condenatória prolatada pelo Cade não impede nem a aplicação nem a exigência de multa em dobro fundada em reincidência;
- (ii) A existência de decisão judicial provisória suspendendo os efeitos da primeira condenação por infração da ordem econômica não

obsta a aplicação da multa em dobro, mas impossibilita, enquanto perdurar, a exigência do dobro da multa;

- (iii) O trânsito em julgado de decisão judicial que tenha desconstituído a primeira decisão condenatória proferida pelo Cade inviabiliza a aplicação de multa em dobro decorrente da reincidência.

Ante os argumentos apresentados, conclui-se que a linha interpretativa aqui proposta endereça as preocupações das duas correntes atualmente existentes, supera as inconsistências jurídicas delas derivadas, bem como garante a aplicabilidade efetiva do instituto da reincidência no âmbito do direito concorrencial.

CONCLUSÃO

Como visto, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 2011) prevê a aplicação de multa em dobro em caso de reincidência do agente infrator. Entretanto, o referido diploma legal não estabelece parâmetros ou critérios objetivos para caracterização de tal instituto no âmbito antitruste.

Diante dessa omissão legal, de acordo com a prática decisória adotada pelo Tribunal do Cade, aplicam-se, por analogia, os requisitos legais disciplinados no Código Penal brasileiro. Desse modo, para fins concorrenciais, resta configurada reincidência quando determinado agente pratica nova infração à ordem econômica, depois de transitar em julgado decisão que o tenha condenado por conduta anticompetitiva anterior, desde que entre o trânsito em julgado da primeira condenação e a prática anticompetitiva posterior não tenha decorrido prazo superior a 5 (cinco) anos.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema de jurisdição unitária, em que o exercício da função jurisdicional é privativo do Poder Judiciário. Nesse sentido, embora possam existir decisões de natureza administrativa, proferidas por órgãos ou entidades da Administração Pública, tais decisões são passíveis de amplo controle pelo Poder Judiciário.⁷² Assim, não obstante o Cade desempenhe funções de órgão julgante, o Poder Judiciário poderá revisar os atos decisórios do referido ente administrativo, anulando ou suspendendo, parcial ou totalmente, suas decisões.

O Código Penal exige, para a configuração da reincidência, a existência de decisão condenatória anterior transitada em julgado. Por analogia, tal exigência também se aplica ao direito concorrencial. No entanto, a transposição desse requisito penal ao âmbito antitruste sem as devidas adequações gera controvérsias quanto ao momento de ocorrência do trânsito em julgado.

Dessas controvérsias surgem duas correntes interpretativas com entendimentos distintos no tocante ao momento de ocorrência do trânsito em julgado

⁷² Oliveira, A. F. (2002). *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense. p. 45.

e, conseqüentemente, em relação às hipóteses de caracterização da reincidência antitruste.

A primeira corrente, de caráter mais amplo, considera que, para configuração da reincidência no direito concorrencial, a decisão condenatória anterior prolatada pelo Tribunal do Cade não poderia ser suscetível de desconstituição pelo Poder Judiciário. Assim, a mera existência de discussão judicial sobre a ocorrência da primeira infração seria suficiente, por si só, para obstar a aplicação da multa em dobro fundada na reincidência.

De outro modo, para a segunda corrente interpretativa, de caráter mais restrito, seria necessária tão somente a existência de coisa julgada administrativa para caracterização da reincidência, de maneira que a presença de qualquer decisão judicial, que não transitada em julgado, seria indiferente para aplicação da multa em dobro.

Por serem antagônicas e extremadas em seus posicionamentos, ambas as correntes interpretativas atualmente existentes possuem inconsistências jurídicas que dificultam uma aplicação efetiva e razoável do instituto da reincidência no direito concorrencial.

Nesse contexto, como forma de solução à problemática exposta no presente trabalho, desenvolveu-se uma terceira corrente interpretativa, de caráter moderado, que, para além da discussão acerca do momento de caracterização do trânsito em julgado, propõe uma diferenciação entre a aplicabilidade e a exigibilidade da multa em dobro fundada na reincidência.

Para tanto, primeiramente foram analisadas as disposições referentes à suspensão de exigibilidade do crédito tributário, contidas no art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN). No passo seguinte, verificou-se que essas hipóteses legais de suspensão de exigibilidade dos créditos tributários são aplicáveis, por analogia, aos créditos não tributários. Tal conclusão pôde ser obtida, principalmente, em decorrência de análise jurisprudencial, que demonstrou a existência de jurisprudência pacífica dos Tribunais brasileiros adotando esse tipo de aplicação analógica. Por fim, considerando que as multas aplicadas pelo Cade constituem créditos não tributários, restou evidente a possibilidade de aplicação analógica da

legislação tributária – no tocante à suspensão de exigibilidade – às multas pecuniárias impostas pelo Cade.

Dessa forma, promovendo a diferenciação entre aplicabilidade e exigibilidade da multa pecuniária imposta pelo Cade, a corrente desenvolvida neste trabalho considera o trânsito em julgado administrativo para fins de aplicação da reincidência, porém sem desprezar o fato de que a existência de decisões judiciais provisórias produz efeitos jurídicos, sendo capazes de obstar a exigibilidade da metade da multa.

Assim sendo, demonstrou-se que a linha interpretativa proposta endereça as preocupações das duas correntes atualmente existentes, supera as inconsistências jurídicas delas derivadas, bem como garante uma aplicabilidade efetiva do instituto da reincidência no âmbito do direito concorrencial.

Ademais, a fim de atribuir maior segurança jurídica ao instituto em apreço, é de suma importância que o Cade regulamente as disposições referentes à reincidência em suas normas internas. Nesse sentido, entende-se que o Regimento Interno do Cade seria o veículo normativo mais adequado para regulamentar o entendimento proposto. Dessa forma, sugere-se a inclusão do seguinte dispositivo no Regimento Interno do Cade:

161-A. Em caso de reincidência, a multa cominada será aplicada em dobro.

§ 1º Verifica-se a reincidência quando o agente comete nova infração à ordem econômica, depois de transitar em julgado administrativamente a decisão que o tenha condenado por infração anterior.

§ 2º Para efeito de reincidência não prevalece a condenação anterior, se entre a data do trânsito em julgado administrativo e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos.

§ 3º Não descaracterizam a reincidência, para fins de aplicação da multa em dobro:

I - o ajuizamento de qualquer ação que vise à desconstituição da multa imposta como sanção à infração anterior;

II – a decisão judicial não transitada em julgado que suspenda os efeitos da decisão condenatória anterior proferida pelo Cade.

§ 4º Na hipótese prevista no inciso II do parágrafo anterior, enquanto durarem os efeitos da decisão judicial, ficará suspensa a exigibilidade de metade da multa aplicada como sanção à infração posterior.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, J., & DA CUNHA NETO, P. (2012). *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Manole.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro* In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 29 out. 2016.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.
- BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830 (Lei do Império). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> . Acesso em: 29 out. 2016.
- BRASIL. Lei nº 4.657/42, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2016
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 7 de abr. de 2017.
- CAPEZ, F. (2001). *Curso de Direito Penal; Parte Geral*. São Paulo: Saraiva.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo – 14ª Edição*. 2005, Ed. Lumen Juris. p. 54
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 25ª ed. Atlas, 2014. Pg. 522.
- CASTRO, R. M. (2007). *Do controle jurisdicional sobre as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Prisma Jurídico, 293-314.
- FERRAZ, T. S. (1997). Discricionariedade nas decisões do Cade sobre atos de concentração. *IBRAC*, 87-140.
- FILHO, M. G. (1999). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- FRAGOSO, H. C. (1985). *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense.
- FURLAN, F. d. (2002). *A aplicação das leis antitruste no Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Valor Econômico.

GUEDES, J., & SAHIONE, J. (2011). *Debates em Direito da Concorrência*. Publicações da Escola da AGU, 406-413.

LIBERTUCI, Elisabeth. *Comentários ao Código Tributário Nacional*, volume 2: arts. 96 a 218/Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 328

MACHADO, C., & Azevedo, D. (2013). *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Manole.

MARTINS, L. M. (10 de Dezembro de 2013). *A reincidência criminal e o argumento de política criminal de emergência: reflexos no processo penal democrático*. Revista Videre, pp. 44-54.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 171.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 17ª edição, p. 421

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Curso de Direito Tributário, "Sistema Tributário da Constituição de 1969"*, Vol. I., São Paulo: Revista dos Tribunais. Compêndio de Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, A. F. (2002). *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário - 12ª Ed.* 2010. p 1039

SANTOS, M. A. (2011). *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva.

Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Federal (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*, Belo Horizonte: Fórum 2011. p. 45

TRETTIN, L. N. (2007). *Legislação e planejamento tributário*. Indaial: Asselvi.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 7. Ed. – São Paulo Saraiva, 2000. p14.

VICENTE, L. L. (22 de julho de 2008). *Lima & Falcão Advogados*. Acesso em 4 de novembro de 2016

VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa Julgada e Ação Anulatória*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. P. 32.

YAROCHEWSKY, L. I. (2005). *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos.