
A PRESCRIÇÃO NA LEI Nº 12.529/2011¹

STATUTE OF LIMITATION IN THE LAW 12.529/2011

Daniela Silva Borges

Em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

SUMÁRIO: Introdução; 1 conceito; 2 Origem; 3 Fundamentos; 3.1 A Teoria da Segurança Jurídica; 3.2 A Teoria do Esquecimento; 3.3 A Teoria da Fragilidade das Provas; 4 A Evolução Normativa da Prescrição no Direito Antitruste; 5 Espécies; 5.1 Prescrição da Pretensão Punitiva; 5.1.1 Prescrição Geral; 5.1.2 Prescrição Intercorrente; 5.2 Prescrição da Pretensão Executória; 6 Conclusão; Referências

¹ O presente trabalho reflete a opinião da autora e não necessariamente representa nem vincula o entendimento do CADE sobre a matéria.

RESUMO: O artigo apresenta um estudo sobre o instituto da prescrição administrativa, com foco na prescrição das ações punitivas que tenham por objeto as infrações contra a ordem econômica. A recente Lei nº 12.529/2011 reinseriu o tema na legislação antitruste brasileira, o qual era anteriormente tratado na Lei nº 9.973/1999, aplicável a toda a Administração Pública Federal. Realiza-se um estudo comparativo entre as duas disciplinas legais, abordando-se as implicações das pequenas modificações havidas. São abordadas cada uma das espécies da prescrição administrativa, traçando-se um panorama geral sobre o instituto na seara do direito antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição Administrativa. Ações Punitivas. Infrações à Ordem Econômica.

ABSTRACT: This paper presents a study about the administrative statute of limitation, with focus in the statute of limitation of the punitive measures related to violations against the economic order. The recent Law 12.529/2011 brings back that theme to the Brazilian antitrust legislation, that was, previously, the subject of the law 9.973/1999, applicable at all levels of Federal Administration. A comparative study between both laws approaches the modifications made. Each administrative statute of limitation is studied, drawing a general overview of the Institute in the antitrust legislation area.

KEYWORDS: Administrative Statute of Limitation. Punitive Measures. Violations Against the Economic Order.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a apresentar algumas considerações e análises sobre o instituto da prescrição administrativa, voltado especificamente ao direito antitruste. Trata-se da prescrição da pretensão administrativa de punir as infrações contra a ordem econômica, previstas na Lei nº 12.529/2011 - novo diploma legislativo que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em substituição à anterior Lei nº 8.884/1994.

A prescrição veio regulada pelo artigo 46 da nova Lei, o que representa uma reinserção do tema na legislação antitruste brasileira. Isso porque, anteriormente à vigência do novo diploma legislativo, a prescrição da pretensão de punir por parte dos órgãos do SBDC era regulada pela Lei nº 9.873/1999, que se destina (ainda está em vigor) a todos os órgãos da Administração Pública Federal, no exercício dos seus respectivos poderes de polícia, e que expressamente revogou o dispositivo relativo à prescrição da então lei antitruste (artigo 28 da Lei nº 8.884/1994).

Assim, o artigo 46 da Lei nº 12.529/2011, devolvendo a matéria ao diploma legislativo que dispõe sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, estabelece os prazos e as espécies de prescrição, as hipóteses de suspensão e interrupção da contagem dos prazos prescricionais e outros regramentos, que em quase tudo se assemelham, como se verá, à disciplina da Lei nº 9.873/1999.

O fato de a Lei nº 12.529/2011 reproduzir as principais previsões contidas na Lei nº 9.873/1999 induz ao pensamento de que as normas gerais sobre prescrição administrativa continuarão aplicáveis, no que couber, aos processos de apuração de infrações contra a ordem econômica de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o que justifica a ausência de qualquer dispositivo de aplicação de direito intertemporal sobre a matéria, na nova legislação antitruste.

1 CONCEITO

A expressão prescrever, no sentido comum, significa preceituar, fixar, delimitar. Juridicamente, o vocábulo assume acepção diversa, correspondendo à ineficácia de um direito em razão do decurso de um certo lapso de tempo.

De acordo com José Cretella Júnior, a prescrição, no sentido que lhe empresta o direito punitivo, é a “*extinção da iniciativa de punir, resultado*

da inércia, durante certo lapso de tempo, do Poder Público na perseguição da infração ou na execução da sanção”². Corolário desse conceito é a constatação de que a punibilidade não é eterna, uma vez que o legislador delimitou prazos dentro dos quais é permitido ao Estado promover a apuração e punir o infrator, sendo vedada sua atuação fora desses limites temporais.

No Direito Administrativo, Odete Medauar define a prescrição como uma “*uma figura que impede a atuação da Administração ou o uso da via administrativa pela passagem do tempo*”³. Maria Sylvia Zanella di Pietro complementa a definição, lecionando que a prescrição “*indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas*”⁴.

Qualquer que seja a definição adotada, o instituto da prescrição está intimamente ligado à confluência de dois fatores determinantes: o decurso do tempo e a inércia do Estado. Tal inércia, cumpre ressaltar, não precisa ser completa, bastando a atuação do Poder Público ineficaz e lenta o suficiente para atingir o prazo prescricional previsto em lei.

Esses elementos estruturantes do conceito da prescrição possuem em comum a característica da objetividade, não comportando o instituto, consequentemente, qualquer análise de ordem subjetiva, como, por exemplo, quanto ao merecimento ou não do infrator ao benefício. Isso significa que, uma vez atingido o prazo prescricional, a declaração da extinção da punibilidade é de rigor, devendo ser declarada de ofício em qualquer fase do processo administrativo.

Num paralelo com o Direito Penal, pode-se dizer que, aqui como lá, se a prescrição incide antes da condenação, está-se diante da prescrição da pretensão punitiva, denominada pela Lei nº 12.529/2011 como “prescrição da ação”. Nesta, o decurso do tempo sem o exercício da pretensão de punir faz com que o Estado perca o direito de aplicar ao agente a sanção administrativa abstratamente cominada à infração.

Se, ao revés, a prescrição se verifica após a decisão administrativa condenatória, é caso de prescrição da pretensão executória, vulgarmente denominada “prescrição da pena”, a qual acarreta a perda do direito estatal de executar a sanção imposta na decisão administrativa. Essa segunda espécie de prescrição, embora não tenha sido expressamente prevista na Lei nº 12.529/2011, tem ampla aplicação às condenações antitrustes, como será oportunamente abordado no presente trabalho.

2 Prescrição da falta administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 544, ano 70, p. 11-26, fev. 1981.

3 Prescrição e administração pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 642, ano 78, p. 82-95, abr. 1989.

4 *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 736.

2 ORIGEM

O instituto da prescrição da ação punitiva do Estado tem sua origem ligada ao direito penal, como não poderia deixar de ser, já que o direito administrativo, como ramo autônomo do direito, estruturado sobre princípios informativos próprios, só veio surgir no final do século XVIII e início do século XIX⁵.

Segundo Antônio Rodrigues Porto, a prescrição da pretensão punitiva é de origem muito mais remota que a prescrição da pretensão executória. A origem da primeira, denominada, à época, prescrição da ação, remonta à Antiguidade, quando, no Império Romano, previu-se, pela primeira vez, o instituto da prescrição.⁶

Anota Christiano José de Andrade que a *praescriptio* (escrito posto antes) romana era um meio de defesa do réu, colocado em fórmula expedida pelo pretor, pela qual o juiz era advertido a não analisar o mérito da causa. Sua primeira previsão legal é atribuída à *Lex Julia de Adulteriis* (18 a.C.), que previu a prescrição em cinco anos para os crimes de adultério, estupro e lenocínio, nela previstos.⁷

Os estudiosos do instituto associam tal prazo prescritivo ao período quinquenal em que se realizavam as festas lustrais, festividades romanas que simbolizavam o perdão às culpas religiosas dos homens e das cidades. Associa-se à prescrição, nessa fase inicial, a ideia de perdão, considerando que, se o tempo era capaz de lavar as culpas dos homens e das cidades, naturalmente também provocaria a expiação moral dos criminosos que cometeram os referidos crimes (adultério, estupro e lenocínio), o que ensejaria o perdão da sociedade e a ilegitimidade, por consequência, da ação penal.

A prescrição prevista na *Lex Julia de Adulteriis* posteriormente foi estendida aos demais crimes, sendo prevista, em regra, no prazo de um ano para as ações penais privadas e vinte anos para os delitos de ação pública, com exceção das infrações previstas na mencionada lei, que continuaram a prescrever no período de um lustro, e também

5 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1-2. De acordo com a autora, “[...] a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas em relação aos particulares, mas também entre estes e o Estado”.

6 *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 13.

7 *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 1.

do delito de peculato, que, igualmente, prescrevia no prazo de cinco anos.⁸

No entanto, o legislador romano reservou a imprescritibilidade aos crimes de parricídio, apostasia e parto suposto. Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro explicam que tal se deu, quanto ao primeiro crime, por causa de sua atrocidade, quanto o segundo, devido à influência do Cristianismo, que se tornou a religião oficial do Império, e, com relação ao terceiro, em razão da imprescritibilidade do estado das pessoas, com o que não se poderia prescrever delito de tal natureza.⁹

Já a prescrição da pretensão executória (prescrição da pena ou da condenação, conforme terminologia da época) surgiu apenas no século XVIII, favorecida pela Revolução Francesa. Previu-a primeiramente o Código Penal Francês de 1791 e conservou-a o Código de Instrução Criminal de 1808, sob condições e regulada em diversos prazos, de acordo com a natureza das infrações.¹⁰

De acordo com René Garraud, citado por Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro, a prescrição da pena foi-se insinuando, na França, paulatinamente na prática forense, mediante o critério de que as condenações penais deviam ser executadas dentro de 30 anos, sob pena de restarem prescritas. Dessa prática resultou a consagração da prescrição da pena nos citados diplomas legais.¹¹ Outros países, em seguida, também contemplaram essa modalidade de prescrição em suas legislações.

O instituto da prescrição estendeu-se à generalidade dos códigos modernos, sendo a prescrição da pretensão punitiva recepcionada por todos os países, quase sem exceção, enquanto a prescrição da pretensão executória ainda encontra maior resistência.

O Estado Inglês foi um dos únicos que não recepcionou o instituto, admitindo a prescrição da ação somente em casos excepcionais e, em hipótese alguma, a prescrição da pena. Consoante Christiano José de Andrade, tal é o reflexo da máxima segundo a qual *nullum tempus occurrit regi* (o tempo não corre para o rei), corolário do tradicional princípio de que as acusações criminais na Inglaterra são intentadas em nome do rei.¹²

8 Aloysio de Carvalho FILHO, Jorge Alberto ROMEIRO. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 227.

9 Ibidem, p. 227.

10 Ibidem, p. 227.

11 Ibidem, p. 228.

12 *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 4.

3 FUNDAMENTOS

A prescrição é instituto de larga aceitação nos diversos ramos do direito, sendo reconhecida na maior parte das legislações do mundo. Para justificá-la são utilizados diversos fundamentos, tendo-se pinçado os principais, entre aqueles que servem à prescrição administrativa, para o exame a seguir. Nenhum deles, no entanto, seria capaz de sustentar, sozinho, o instituto da prescrição administrativa. Apenas o conjunto deles pode fornecer uma base sólida sobre a qual se assentar o instituto.

3.1 A TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Ao dissertar sobre os fundamentos legitimadores da prescrição, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o instituto foi concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas.¹³

No mesmo sentido, Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro explicam que a segurança jurídica é preservada na medida em que a prescrição coloca um prazo legal para que o Estado exerça sua função punitiva. Segundo eles:

É indiscutível que o Estado, retardando ou descuidando o exercício da função punitiva, não tem o direito de alongar aquela situação, como seria, indefinidamente, se lhe não fora imposto um termo legal, pela prescrição.¹⁴

João Bosco Leopoldino da Fonseca, em sua obra *Lei de proteção à concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*¹⁵, assinala:

É cediço o entendimento segundo o qual um ato que afronte a ordem jurídica reclama de imediato a tomada de uma iniciativa corretora. Para que se pratique esse ato destinado a recompor a inteireza da ordem, a lei fixa um prazo. Dentro desse prazo deverá tomar-se a medida corretora, sob pena de, escoado ele, não mais poder-se pretender corrigir aquela ruptura.

13 *Curso de direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 995.

14 *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 213.

15 *Lei de proteção à concorrência: Comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 219.

A fixação de um prazo para a adoção de medidas corretoras tem por base o princípio segundo o qual a segurança das relações jurídicas exige que não se perpetuem situações de dúvida e de indefinição.

Assim é que aquela lesão da ordem faz surgir o direito a uma ação corretora (princípio da “actio nata”). Surgido esse direito, o seu titular não pode quedar-se inerte; deve tomar iniciativa dentro do lapso de tempo fixado pela lei, sob pena de, decorrido esse, não mais poder exercitar aquele direito.

Nessa linha de pensamento, Leonardo Vizeu Figueiredo afirma que “a prescrição tem por fundamento evitar que os litígios e as situações de direito pendentes de reparação prolonguem-se indefinidamente, com o fito de se resguardar a segurança das relações jurídicas da vida em sociedade”¹⁶.

Para esses autores, portanto, a prescrição teria sido concebida para se preservar a segurança jurídica dos administrados em relação à Administração Pública, por meio da imposição legal de limites temporais para o exercício da ação punitiva. Se não fossem os prazos prescricionais, a Administração poderia perseguir o agente da suposta infração por tempo indeterminado, podendo fazê-lo, inclusive, quando melhor lhe conviesse.

Não seria razoável, assim, que a Administração Pública contasse, por todo o tempo, com o direito de punir, hipótese em que restaria configurada uma eterna ameaça aos cidadãos, ao seu patrimônio e à segurança jurídica da sociedade, que a qualquer momento poderia ser sobressaltada com a súbita e enérgica atuação repressora.

Pelo teor das considerações acima, observa-se que o instituto da prescrição, além de assegurar a segurança jurídica dos cidadãos, é marcado por uma fundamental importância prática – a de impor aos órgãos legitimados, administrativos e jurisdicionais, prazos para efetivar a justiça punitiva, em prol da sociedade.

3.2 A TEORIA DO ESQUECIMENTO

Além da segurança jurídica, normalmente apontada como o fundamento legitimador do instituto da prescrição, outro fundamento contribui indubitavelmente para a sua sustentação: a necessidade do esquecimento.

Quando é cometida uma infração, surge na sociedade um sentimento de reprovação ao fato, aliado a um desejo comum de dar

16 *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 255.

satisfação ao ofendido (que, no caso das infrações contra a ordem econômica, é a própria coletividade), vendo o infrator punido pela falta que cometeu. Instaura-se um desequilíbrio no meio social, provocado pela infração à lei cuja finalidade precípua era preservar a ordem pública.

Porém, com o passar dos anos, a lembrança da infração torna-se cada vez mais vaga na memória social, até atingir o completo esquecimento. Cessada a repercussão social da prática do ilícito, esvaecem-se a intranquilidade e o alarme provocados, restaurando-se o equilíbrio na ordem social.

De acordo com a teoria do esquecimento, o instituto da prescrição é exatamente o reconhecimento jurídico dessa ação natural que o tempo produz sobre os acontecimentos humanos.¹⁷ Por mais perniciosa que se apresente uma infração para a sociedade, não há como negar o efeito extintivo do tempo, que apaga as lembranças do fato punível e devolve as coisas, naturalmente, ao seu curso anterior.

A imposição da sanção ou sua execução demasiadamente tardia não traduziria, nessas condições, para os partidários dessa teoria, o sentimento médio da sociedade, que, se antes se encontrava abalada pela prática do ilícito, já agora se recompôs, estabelecendo e consolidando novas relações jurídicas e econômicas, nas quais, por vezes, não convém intervir. Nesse diapasão, o esquecimento da infração faz com que a sanção perca o seu sentido, já que não persistiria na sociedade o interesse na punição.

Se o esquecimento não se opera de fato na memória dos homens, como se poderia argumentar, a necessidade dele ainda se faz imperiosa para o ordenamento jurídico e para o próprio sistema de repressão estatal, que entraria em verdadeiro colapso se a tudo, de qualquer tempo, tivesse que dar uma resposta, como bem traduziu o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, no voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64, ainda pendente de julgamento:

46. É por meio da construção de diferentes regimes de prescrição que o legislador coaduna os imperativos de validade e efetividade das normas jurídicas com uma necessidade social básica: *a necessidade do esquecimento*. Com efeito, o instituto da prescrição permite que o sistema jurídico se “esqueça” de determinadas condutas, que perdem

17 ANDRADE, Cristiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 15. PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 2. JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 34. FILHO, Aloysio de Carvalho, ROMERO, Jorge Alberto. *Comentários ao código penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 213-217.

sua importância para o direito após o decurso de lapsos temporais previamente definidos.

47. Percebe-se, assim, que a função do instituto da prescrição é muito mais ampla do que simplesmente atribuir segurança a quadros fáticos consolidados, cabendo-lhe o papel essencial de mediar a relação entre tempo e direito. Tal papel é desempenhado por meio da construção de filtros de intensidades distintas, voltados a determinar – de forma diferenciada – o alcance da memória do sistema jurídico para cada situação fática.

[...]

52. Como exposto, o instituto da prescrição representa não apenas uma garantia de segurança em favor dos investigados, constituindo mecanismo fundamental de regulação da memória jurídica, sem o qual qualquer sistema de repressão estatal se tornaria sobrecarregado e desprovido de eficácia, dado o assoberbamento de situações que exigiriam resposta.

53. O mau funcionamento desse mecanismo pode trazer sérias consequências para o sistema do direito, obscurecendo os limites entre as diferentes temporalidades jurídicas e impossibilitando que os operadores do direito distingam situações juridicamente relevantes daquelas a que o decurso do tempo autoriza ou impõe o esquecimento.

54. Dessa forma, a prescrição representa para o direito (assim como o esquecimento representa para o ser humano)¹⁸ verdadeira força ativa, que abre espaço para o novo e permite que a rota de ação traçada no presente não esteja absolutamente vinculada ao passado. A inexistência ou inoperância do mecanismo da prescrição ameaça criar não apenas um cenário de completa insegurança para os administrados,¹⁹ como também um quadro

18 Em passagem clássica sobre a importância do esquecimento, Nietzsche indica: 'Esquecer não é uma simples *vis inertiae*, como creem os superficiais, mas uma força inibidora ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não penetra mais em nossa consciência [...] – eis a utilidade do esquecimento, ativo, como disse, espécie de guardião da porta, de zelador da ordem psíquica, da paz, da etiqueta: com o que logo se vê que não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, *presente*, sem o esquecimento.' (*Genealogia da Moral*, 2009, fl. 43)"

19 "Situação esta que foi, inclusive, registrada por Franz Kafka em *O Processo*: '[...] o tribunal nunca esquece nada. Um dia, inesperadamente, um dos juízes pegará nos documentos e estudá-los-á com toda a atenção, reconhecendo que, neste processo, a acusação ainda é válida, pelo que emitirá uma ordem de captura imediata.'"

de catatonia para a administração da Justiça, decorrente do sobrecarregamento do sistema jurídico.

Assim, a prescrição representa, de um lado, a rendição do direito ao poder dos fatos, ao poder da realidade viva, ativa e dinâmica do meio social, que se sobreleva aos princípios e regras insertas nos diplomas legais. Isso porque o direito, além de uma resposta jurídica à sociedade, deve a ela uma resposta social a seus conflitos, não podendo o aplicador da lei, para tanto, se distanciar das mutações do ambiente social, não imune à ação do tempo, que a tudo altera e transforma.

Por outro lado, ela representa o reconhecimento estatal da necessidade do esquecimento para o bom funcionamento dos seus sistemas de resolução de conflitos (entre os quais se inclui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), imbuindo-os de uma eficácia que não seria alcançada se não se autorizasse o esquecimento dos fatos que, por demais pretéritos, segundo parâmetros previamente fixados em lei, devem ceder espaço para a reunião de esforços na resolução de outras controvérsias.

Essas são as razões pelas quais, de acordo com a *teoria do esquecimento*, a instituição da prescrição seria legítima.

3.3 A TEORIA DA FRAGILIDADE DAS PROVAS

Essa teoria, de natureza eminentemente processual, tem origem atribuída à obra *De Bigamie Praescriptionis*, escrita por Thomassius em 1685.²⁰

O decurso do tempo tem o efeito natural de apagar os vestígios deixados pela infração, com a perda de documentos, o esquecimento por parte das testemunhas ou a impossibilidade de perícia, tornando difícil e por vezes impossível a prova dos fatos sob julgamento. Em decorrência disso, a extinção da punibilidade pela prescrição evitaria que fossem exaradas decisões injustas, fundadas em incerta apuração dos fatos.

Essa necessidade de se precaver contra a condenação de inocentes ou quaisquer formas de julgamentos injustos, embasados em provas defectíveis, faz com que a prescrição da pretensão punitiva tenha maior aceitação social que a prescrição da pretensão executória, principalmente para aqueles que admitem tal precaução como o único fundamento razoável do instituto.

²⁰ PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 4. JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 11. ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979. p. 14.

Por outro lado, esta teoria é uma das mais atacadas pela doutrina, que atribui a sua improcedência ao fato de ela só se aplicar à prescrição da pretensão punitiva, não cabendo à prescrição da pretensão executória, que só começa a correr após a decisão administrativa condenatória, quando já foram produzidas, em tese, todas as provas que interessam ao processo.

Essas são as três teorias mais utilizadas pela doutrina para a fundamentação do instituto da prescrição. Note-se que os fundamentos dados representam opiniões divergentes quanto ao fato legitimador da prescrição, mas não quanto à própria legitimidade e necessidade do instituto na ordem jurídica.

4 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO ANTITRUSTE

Feita essa breve digressão sobre a origem e os fundamentos da prescrição, volta-se ao tema propriamente dito deste trabalho, que é a prescrição administrativa no direito antitruste, mais especificamente, a prescrição em matéria de infrações contra a ordem econômica.

Até o advento da Lei nº 8.884/1994, não havia legislação específica que regulasse a prescrição da pretensão punitiva quanto às infrações administrativas contra a ordem econômica, o que não tornava sobredita pretensão, de maneira alguma, imprescritível.

Isso porque, em qualquer ramo do direito punitivo, a regra é a da prescritibilidade das pretensões, só se admitindo a imprescritibilidade nos casos expressamente previstos na legislação²¹.

Sendo assim, na ausência de norma que previsse a incidência da prescrição para a ação punitiva das infrações contra a ordem econômica, antes da Lei nº 8.884/1994, cabia ao intérprete se socorrer de outras fontes legislativas, por meio da analogia, a fim de preencher a lacuna legal e integrar o ordenamento jurídico então vigente.

De acordo com Priscila Brólio Gonçalves²², naquela época:

[...] não tardou para que alguns autores passassem a defender a aplicação subsidiária do art. 114 do Código Penal, que trata da prescrição das penas de multa, aos processos para apuração de infrações à ordem econômica.

21 GONÇALVES, Priscila Brólio. A prescrição em matéria de infrações à ordem econômica. In: COSTA, Marcos da, MENEZES, Paulo Lucena e MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org). *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/Comentários à lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 236.

22 Ibidem, p. 236-237.

A despeito de ter acolhido essa tese em uma decisão proferida em 19 de agosto de 1969, o CADE passou a rejeitar sistematicamente essa posição, preferindo utilizar-se de outras normas, como é o caso daquelas que tratam da cobrança de dívidas fiscais, para a definição, por analogia, dos prazos prescricionais das infrações contra a ordem econômica. Em algumas decisões, o CADE chegou, inclusive, a manifestar-se pela imprescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública no que diz respeito a tais violações, posição da qual discordamos.

Com o advento da Lei nº 8.884/1994, seu artigo 28 passou a regular a prescrição das infrações da ordem econômica²³, fixando-a no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Estabeleceu, ainda, como causa interruptiva da prescrição, *qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração* e, como causas suspensivas, *a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho*.

Posteriormente, o citado artigo 28 foi revogado pela Medida Provisória nº 1.708/1998, reeditada por diversas vezes, sob numeração distinta, até converter-se na Lei 9.873/1999, a qual estabeleceu prazos e regras de prescrição uniformes para toda a Administração Pública Federal, no exercício da ação punitiva decorrente do poder de polícia²⁴.

A Lei nº 9.873/1999, em seu artigo 1º, *caput*, manteve o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a ação punitiva das infrações contra a ordem econômica, corrigindo, desta feita, a impropriedade terminológica

23 João Bosco Leopoldino da Fonseca critica a forma como a Lei nº 8.884/1994 se reportava à prescrição, ao preceituar que prescreviam *as infrações da ordem econômica*. Segundo ele, o artigo 28 dessa lei “se iniciava com uma impropriedade de conceituação de prescrição e de seu alcance, ao afirmar que prescreviam as infrações da ordem econômica. (...) aquela lesão da ordem faz surgir o direito a uma ação corretora (*princípio da ‘actio nata’*). Surgido esse direito, o seu titular não pode quedar-se inerte; deve tomar iniciativa dentro do lapso de tempo fixado pela lei, sob pena de, decorrido esse, não mais poder exercitar aquele direito. Dentro desse contexto vê-se que o que prescreve é o direito de ação. Não tem sentido dizer-se que ‘prescrevem as infrações’. Prescreve, isto sim, o direito de exercitar a ação adequada à eliminação das infrações ou à punição dos que as cometeram. Em síntese, prescreve o direito de ação direcionada a recompor a ordem econômica desrespeitada ou rompida.” (*Lei de proteção à concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 219).

24 Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, “poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, do trânsito, sanitária etc.” (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 117). A polícia de preservação da ordem econômica, a que se refere a Lei nº 12.529/2011 e que é tutelada pelo CADE, é um desses ramos de polícia administrativa.

que o dispositivo da Lei nº 8.884/1994 encerrava, ao se referir à prescrição *das infrações*, e não à prescrição *da ação punitiva da Administração* (ou *da pretensão punitiva*, como se acredita ser ainda mais preciso).

As principais modificações introduzidas pela Lei, no entanto, que inclusive seriam posteriormente herdadas pela Lei nº 12.529/2011, se referem à previsão da prescrição intercorrente no prazo diferenciado de três anos, e à regra de que, quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição deve ser regida pelo prazo previsto na lei penal.

Para clareza da exposição, transcrevem-se abaixo os principais dispositivos da Lei nº 9.873/1999, em suas redações originais, com destaque àquilo que representou verdadeiras inovações em relação à normatização anterior:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º *Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.*

§ 2º *Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.*

Art. 2º Interrompe-se a prescrição:

I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

Art. 3º Suspende-se a prescrição durante a vigência:

I - dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

II - do termo de compromisso de que trata o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997.

Cerca de dez anos depois, a Lei nº 9.873/1999 foi modificada pela Lei nº 11.941/2009, que introduziu, em seu bojo, regras relativas à prescrição da pretensão executória da Administração Pública Federal, pertinente ao crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor. Confira-se a redação do artigo 1º-A, introduzido pela citada lei:

Art. 1º-A. Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor

Finalmente, em 30 de novembro de 2011, foi editada a Lei nº 12.529, que reinseriu a matéria da prescrição na legislação antitruste brasileira, reproduzindo, no entanto, o regime conferido pela Lei 9.873 à Administração Pública Federal em geral, com apenas algumas modificações nos parágrafos relativos à interrupção e suspensão dos prazos prescricionais. Segue, abaixo, o inteiro teor do dispositivo em questão:

Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

§ 3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 4º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

A partir do próximo capítulo, serão tecidas considerações pertinentes a cada um desses preceitos, cuja análise será dividida em diferentes tópicos, cada um a tratar de uma espécie diferente da prescrição administrativa no âmbito do SBDC.

5 ESPÉCIES

Da distinção entre pretensão punitiva, relativa ao interesse do Estado de punir o infrator, e pretensão executória, relativa ao interesse estatal de executar a pena imposta, surgem as duas grandes modalidades de prescrição, sendo a decisão administrativa condenatória o marco que as separa: a *prescrição da pretensão punitiva* e a *prescrição da pretensão executória*.

A prescrição da pretensão punitiva é a única prevista na Lei nº 12.529/2011, que a subdividiu em duas espécies: a aqui denominada *prescrição geral*, prevista no *caput* e no parágrafo quarto do artigo 46, e a *prescrição intercorrente*, prevista no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal. A prescrição da pretensão executória é prevista em outros diplomas legais.

5.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

5.1.1 PRESCRIÇÃO GERAL

Chama-se, aqui, *prescrição geral* aquela que incide entre a data da prática do ilícito e o primeiro marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, que normalmente será a instauração de um dos procedimentos administrativos voltados à apuração da infração contra a ordem econômica, previstos no artigo 48 da nova lei antitruste²⁵.

Para tanto, a Lei nº 12.529/2011 fixou a regra de que “prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica”

25 Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

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

(artigo 46, *caput*), prevendo, porém, que a prescrição se regerá pelo prazo da lei penal, “quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime” (parágrafo quarto). Em ambas as hipóteses, o prazo prescricional será contado da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a sua prática.

Como se vê, o início da contagem do prazo prescricional varia conforme a infração praticada seja considerada *instantânea*, *permanente* ou *continuada*, conceitos emprestados do direito penal, uma vez que não há institutos semelhantes na seara do direito administrativo.

De acordo com Damásio E. de Jesus, “*crimes instantâneos* são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal”.²⁶

Já em relação ao *crime permanente*, o autor enfatiza que:

crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina. Exs. Seqüestro ou cárcere privado (art. 148), plágio ou redução a condição análoga à de escravo (art. 149), etc. Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo. Assim, no seqüestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação.

O crime permanente se caracteriza pela circunstância de a consumação poder cessar por vontade do agente. A situação antijurídica perdura até quando queira o sujeito, explicava Frederico Marques.”²⁷

Priscila Brólio Gonçalves, citando Aníbal Bruno, explica que:

O crime permanente é aquele em que o momento da consumação não se esgota em um só instante, prolongando-se por um período mais ou menos dilatado de tempo, sendo que, em todo esse período o crime se encontra em estado de consumação”. Cita como exemplos, também, os crimes de cárcere privado e de extorsão mediante sequestro, que não se cessam enquanto a vítima permanece privada de sua liberdade.”²⁸

²⁶ *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 193.

²⁷ *Ibidem*, p. 194.

²⁸ Obra citada, p. 242.

Por último, o *crime continuado* ocorre, de acordo com o artigo 71 do Código Penal²⁹, quando um agente pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, sendo que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Assim, por uma ficção jurídica, entende-se que as várias condutas perpetradas pelo agente que, individualmente, já configuram infrações penais devem ser reunidas e consideradas como delito único, para fins de aplicação da pena, dadas as semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução dos crimes, que fazem crer que os subsequentes são continuidade do primeiro³⁰.

A diferença entre o delito permanente e o delito continuado, pois, residiria no fato de que, no primeiro, tem-se apenas uma única conduta, cujo momento consumativo se protraí no tempo (a ação é só uma, a consumação é que se estende no tempo), enquanto, no segundo, várias são as condutas criminosas, praticadas em momentos subsequentes (várias ações e resultados que se sucedem).

No entanto, essa diferença, em matéria de prescrição das ações punitivas que tenham por objeto infrações contra a ordem econômica, pouco importa ao intérprete do direito, já que, para ambos os casos, o artigo 46 da Lei nº 12.529 reservou uma única consequência: a de que o prazo prescricional se inicia no dia em que tiver cessado a prática do ilícito.

Assim, o que realmente interessa, em matéria de prescrição no direito antitruste, é saber se a infração é instantânea ou não, pouco importando, nesta segunda hipótese, se a infração é permanente ou continuada, para efeito de fixação do termo inicial da contagem do lapso prescricional.

Cumprе ressaltar que a classificação *a priori* das infrações contra a ordem econômica, previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, como instantâneas, permanentes ou continuadas não se revela possível, na medida em que tais infrações não se caracterizam, apenas, pela descrição das respectivas condutas, mas sim por seu objeto ou por seus efeitos (os

29 Art. 71 Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

30 De acordo com Alcides da Fonseca Neto, "a natureza jurídica da continuidade delitiva é explicada pela teoria da ficção jurídica, pela qual ela é resultante de uma aglutinação legal tão-só para fins de aplicação de uma pena, muito embora existam, no plano ontológico, vários delitos, ou seja, a unificação não retira a autonomia dos crimes componentes da cadeia delitosa" (O Crime continuado, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 342).

quais, inclusive, nem precisam ser efetivamente alcançados), tudo nos termos do *caput* do mencionado artigo legal³¹.

Consoante Priscila Brólio Gonçalves³²:

Tendo em vista que as infrações à ordem econômica caracterizam-se pelo seu objeto ou efeitos (ainda que não alcançados), nos termos do art. 20 da Lei 8.884/94, é impossível estabelecer *a priori*, tal como acontece no Direito Penal, quais infrações são instantâneas e quais são permanentes. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, apenas a análise do caso concreto poderá levar o intérprete a caracterizar a infração à ordem econômica como instantânea, permanente ou continuada, sendo impossível ou no mínimo temerário fazê-lo de forma abstrata, como acontece no direito penal, em que a mera tipificação dos crimes normalmente confere elementos suficientes para a sua classificação.

Por fim, cumpre assinalar que a prescrição é matéria de ordem pública, devendo ser reconhecida pela Administração, de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, em qualquer fase do processo administrativo, nos termos do artigo 46, § 3º, da Lei nº 12.529/2011. Sua declaração sobrepõe-se ao conhecimento de qualquer outra questão, impedindo a análise do mérito da acusação.

5.1.2 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A próxima modalidade de prescrição a ser examinada, que igualmente fulmina a pretensão punitiva da Administração Pública, é a doutrinariamente denominada *prescrição intercorrente*, cujo prazo de três anos, previsto na Lei nº 9.873/1999 para toda a Administração Pública Federal, foi reproduzido pelo parágrafo terceiro do artigo 46 da nova Lei.

31 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

32 A prescrição em matéria de infrações à ordem econômica. In: COSTA, Marcos da, MENEZES, Paulo Lucena e MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org). *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 243.

De acordo com esse dispositivo, “incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

Trata-se, pois, da prescrição que incide no curso do processo administrativo, instaurado pelos órgãos de defesa da concorrência para apurar infrações contra a ordem econômica. E, quando a lei fala em *processo administrativo*, no entendimento de Roberto Domingos Taufick, quer ela dizer qualquer uma das espécies previstas no artigo 48 da Lei nº 12.529/2011³³.

Desse modo, uma vez instaurado o processo, o CADE não pode tardar na tomada das providências destinadas à sua instrução, que culminarão na decisão administrativa sobre o caso.

Tomando as providências para a apuração dos fatos noticiados, a Administração não se mostra inerte no cumprimento de seu mister, sendo esse o motivo pelo qual o parágrafo primeiro do artigo 46 fixa, como marcos interruptivos da prescrição, “qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada”.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, sobre as causas interruptivas da prescrição, já se manifestou no sentido de que:

O objetivo da letra da lei é permitir a continuidade da persecução/investigação administrativa, em busca da verdade, nas situações em que há atuação da Administração. A razão da norma é diferenciar a inércia da eventual e natural demora dos atos de instrução/investigação³⁴.

Comparando-se o novo texto legal com o da Lei nº 9.873/1999, observa-se que o parágrafo primeiro do artigo 46 da nova Lei não reproduziu a expressão *ato inequívoco* (que importe apuração do fato), utilizada na lei anterior para caracterizar o ato capaz de interromper a prescrição. Tal postura legislativa foi duramente criticada por Leonor

33 *Nova lei antitruste brasileira – A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012. p. 290.

34 Parecer Procade nº 196/2010, da lavra da Procuradora Federal Maria Rosa G. Loula, emitido em 1º de junho de 2010, nos autos da Averiguação preliminar nº 08012.004501/1999-13.

Cordovil, na obra *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada - Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*³⁵:

Há que se ter muito cuidado ao interpretar *qualquer ato administrativo ou judicial*, sendo mais correta a expressão trazida anteriormente e reconhecida pela jurisprudência, o *ato inequívoco*, que propõe ao menos um requisito – embora também subjetivo – ao ato da Administração que tem o condão de interromper a prescrição. Assim, o administrador não pode ser livre para, ao perceber o decurso de seu prazo, inventar medidas, criar procedimentos, despachos desconectados, com o mero intuito de evitar o perecimento de seu tempo limite. A exposição de motivos da MedProv 1.708/1998, que deu origem à Lei 9.873/1999, menciona que a Administração Pública não pode, ao seu livre arbítrio, dispor do direito à tranquilidade do administrado.

No entanto, a medida, procedimento ou despacho desconectados do objeto de apuração do processo, citados pelo autor, não constituíam nem hoje constituem atos capazes de interromper o prazo prescricional – independentemente da existência da expressão *ato inequívoco* no texto legal –, simplesmente porque não se encaixam na definição de *ato que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica*.

Acredita-se que a expressão *ato inequívoco*, contida no regramento anterior, mais confundia do que explicava, sendo bem vinda a sua supressão no novo diploma legal, especialmente porque a sua ausência não surte o efeito acima mencionado, de tornar interruptivos os atos que não tenham por objeto a apuração da infração e muito menos os meramente protelatórios, caso se verifiquem em um determinado caso concreto.

Nesse ponto, é necessário que se faça uma importante ressalva: aquele que avalia a incidência do prazo prescricional há de ter o cuidado de, conhecendo o resultado de uma diligência provocada pela Administração, que possa ter se mostrado infrutífera para o esclarecimento dos fatos, não se deixar levar unicamente por esse resultado para fins de descaracterizar a diligência administrativa como um *ato que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica*.

Tal ato administrativo, ainda que de resultado infrutífero, caracteriza-se, na maior parte das vezes, como um ato que realmente importa em apuração da infração, interrompendo, por isso, o prazo prescricional. Isso porque, se a finalidade precípua da prova é a formação da convicção do órgão julgador, é ele quem deve fazer o julgamento sobre a maturidade do processo para decisão definitiva ou,

35 Leonor Cordovil... [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 136.

ao contrário, sobre a necessidade de complementar a instrução, não lhe sendo possível, nessa hipótese, antever o resultado da prova cuja produção será requerida.

Além do *ato que importe apuração da infração*, a Lei nº 12.529/2011 elegeu como causas interruptivas da prescrição, como visto, a *notificação ou intimação* do investigado, reproduzindo o sentido da Lei nº 9.873/1999. Esta, no entanto, por imprecisão terminológica, falava em notificação ou *citação*, o que foi corrigido no novo diploma, uma vez que não existe a figura da citação no processo administrativo.

Em relação às causas interruptivas da prescrição, por fim, comparando-se o regramento da Lei nº 9.873/1999 com o da nova lei antitruste, observa-se uma última diferença: não foi prevista a *decisão condenatória recorrível* como marco interruptivo, no novo diploma legislativo. Porém, de acordo com Roberto Domingos Taufick, “a exclusão da decisão do rol das causas de interrupção é compensada pela notificação oral (causa de interrupção) no dia da sessão de julgamento, que é pública”³⁶.

No que tange às causas suspensivas da prescrição, o artigo 46, § 2º, da Lei nº 12.529/2011 determina que o prazo prescricional se suspende “durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações”, atos previstos, respectivamente, no artigo 85 e nos artigos 9º, V e X, c/c 13, X, da mesma lei.

Como os referidos acordos suspendem os processos administrativos em que são celebrados, obstando seu normal prosseguimento (quanto ao compromisso de cessação, conferir artigo 85, §§ 9º e 10º, da Lei nº 12.529/2011³⁷), natural que o prazo prescricional para aplicação de sanções também permaneça suspenso, na forma do artigo 46, § 2º, enquanto os sobreditos acordos estiverem em vigor.

36 *Nova lei antitruste brasileira – A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012. p. 289.

37 Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

[...]

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

5.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Após a decisão condenatória, a Administração Pública passa a ser titular da pretensão executória, sobre a qual incidirá igualmente a prescrição, caso se complete o prazo prescritivo sem que os administrados cumpram espontaneamente as sanções ou que a Administração providencie a sua execução forçada.

Como a Lei nº 12.529/2011 não cuidou de disciplinar essa espécie de prescrição, recorre-se à Lei nº 9.873/1999, que disciplinou o prazo prescricional para a execução das multas impostas pela Administração Pública Federal, por infração à legislação em vigor.

De acordo com o seu artigo 1º-A, incluído pela Lei nº 11.941/2009, “constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.”

Portanto, no que se refere às sanções de multa, não há dúvidas quanto ao prazo prescricional a que se sujeita o CADE para sua execução judicial - lembrando-se que o artigo 93 da Lei nº 12.529/2011, assim como o artigo 60 da anterior Lei nº 8.884/1994, atribui natureza de *título executivo extrajudicial* às decisões do Conselho que cominem sanções administrativas.

O artigo 2º-A da Lei nº 9.873/1999 disciplina as hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão executória, prevendo que a contagem do prazo será interrompida: (i) pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (ii) pelo protesto judicial; (iii) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; (iv) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor; e (v) por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

Após a propositura da ação de execução pelo CADE, ainda é possível a incidência da prescrição prevista no artigo 40, §4º, da Lei nº 6.830/1980³⁸. De acordo com esse dispositivo, o juiz ordenará o arquivamento dos autos judiciais se, decorrido o prazo de 1 (um) ano, não for localizado o devedor ou não forem encontrados bens à penhora. Se da decisão que ordenar o arquivamento decorrer o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de

38 “Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.” De acordo com o artigo 94 da Lei nº 12.529/2011, “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”.

ofício, reconhecer a prescrição intercorrente (referência ao processo judicial) e decretá-la de imediato.

A prescrição da pretensão punitiva não anula a decisão administrativa condenatória, que se presume ter sido exarada após o desenvolvimento válido e regular do processo, dentro dos prazos previstos em lei. A prescrição, nesse caso, inviabiliza apenas a *execução* das sanções impostas, subsistindo a decisão administrativa, no entanto, quanto a todos seus demais efeitos - permanecerá valendo, por exemplo, como um pressuposto de reincidência.

6 CONCLUSÃO

Examinou-se, no curso do presente trabalho, o instituto da prescrição administrativa, cuidando-se de conceituá-lo, explicar a sua origem e fundamentá-lo.

Foi efetuada uma breve exposição sobre a evolução normativa da prescrição no direito antitruste, destacando-se as sucessivas legislações que disciplinaram a matéria - a Lei nº 8.884/1994, a Medida Provisória nº 1.708/1998, posteriormente convertida na Lei nº 9.873/1999, e a Lei nº 12.529/2011, hoje em vigor.

Então, passou-se à análise das espécies de prescrição previstas na nova Lei nº 12.529/2011, reconhecendo-se que esse diploma normativo cuidou, apenas, das modalidades de prescrição da pretensão punitiva - relativa ao direito do Estado de punir o infrator -, não disciplinando a prescrição da pretensão executória - relativa ao direito estatal de executar a pena administrativamente imposta.

De acordo com o estudo realizado, são modalidades de prescrição das ações punitivas da Administração, previstas na Lei nº 12.529/2011, (i) a *prescrição geral*, cujos prazos encontram-se fixados no *caput* e no parágrafo quarto do artigo 46 e (ii) a *prescrição intercorrente*, cujo prazo foi fixado no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal.

Chamou-se de *prescrição geral* aquela incidente entre a data da prática do ilícito e o primeiro marco interruptivo da contagem do prazo prescricional. Corresponde ela ao prazo que a Administração tem para iniciar a apuração das infrações contra a ordem econômica. Esse prazo é de 5 (cinco) anos, a menos que o fato objeto de apuração também constitua crime, hipótese em que prevalecerá o prazo prescricional previsto na lei penal.

Já a *prescrição intercorrente*, cujo prazo é de 3 (três) anos, é aquela que incide no curso do processo administrativo, instaurado

pelos órgãos de defesa da concorrência para apurar infrações contra a ordem econômica. Ela tem por objetivo instigar a continuidade da investigação ou persecução administrativas, até a prolação da decisão definitiva sobre o caso.

Em seguida, foram analisadas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, fazendo-se comentários quanto a algumas modificações textuais trazidas pela nova Lei.

Finalmente, analisou-se a prescrição da pretensão executória, cuja incidência se verifica após a decisão administrativa condenatória, significando a perda do direito estatal de executar a pena administrativamente imposta. Como a Lei nº 12.529/2011 não disciplinou essa espécie de prescrição, entendeu-se que as penalidades de multa estariam sujeitas à Lei nº 9.873/1999, que estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para as ações de execução da administração pública federal, relativas a créditos decorrentes da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1979.

CORDOVIL, Leonor... [et al.]. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FILHO, Aloysio de Carvalho; ROMEIRO, Jorge Alberto. *Comentários ao código penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção à concorrência: Comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

GIANNINI, Adriana Franco [et al.]. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012.

GONÇALVES, Priscila Brólio. A prescrição em matéria de infrações à ordem econômica. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org). *Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos/Comentários à lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÚNIOR, José Cretella. Prescrição da falta administrativa. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 544, ano 70, p. 11-26, fev. 1981.

MEDAUAR, Odete. Prescrição e administração pública. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 642, ano 78, p. 82-95, abr. 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NETO, Alcides da Fonseca. *O crime continuado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência*. Salvador: Juspodivm, 2008.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira – A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. São Paulo: Método, 2012.

VOTO E PARECERES:

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *Processo administrativo nº 08012.000751/2008-64*, Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, Brasília, DF, 18 de julho de 2012.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 390/2011, *Processo administrativo nº 08012.000751/2008-64*, Brasília, DF, 29 de setembro de 2011.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 056/2011, *Averiguação preliminar nº 08012.006272/2002-66*, Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 42/2011, *Ato de concentração nº 53500.028086/2006*, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 502/2010, *Processo administrativo nº 08012.000478/1998-62*, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2010.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 196/2010, *Averiguação preliminar nº 08012.004501/1999-13*, Brasília, DF, 1º de junho de 2010.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 246/2008, *Processo administrativo nº 08012.007273/2000-02*, Brasília, DF, 09 de abril de 2008.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 187/2008, *Processo administrativo nº 08000.024150/1996-27*, Brasília, DF, 10 de março de 2008.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 133/2008, *Processo administrativo nº 08000.021044/1995-92*, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 630/2007, *Averiguação preliminar nº 08012.010269/1998-17*, Brasília, DF, 19 de setembro de 2007.

BRASIL, Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, Parecer nº 441/2007, *Averiguação preliminar nº 08012.007465/1999-50*, Brasília, DF, 09 de julho de 2007.