

Crime de cartel e suspensão condicional do processo após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011

Ana Paula Martinez

Em 29 de maio de 2012 entrou em vigor a nova lei de concorrência no Brasil, Lei 12.529, de 30.11.2011, após longo processo de tramitação legislativa. Entre outras relevantes mudanças, a lei alterou as penas previstas para os crimes contra a ordem econômica tipificados no art. 4.º da Lei 8.137, de 27.12.1990.⁽¹⁾ A nova lei afastou o caráter alternativo da pena de multa, sendo hoje cumulativa à pena restritiva de liberdade (a sanção passou a ser reclusão de dois a cinco anos e multa, ao invés de, ou multa).

Muitos viram na alteração do texto legal de “ou multa” para “e multa” a impossibilidade de continuar celebrando, para crimes de cartel, suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995,⁽²⁾ uma vez que a pena mínima teria passado a ser superior a um ano de reclusão. Como a redação anterior previa a multa como pena alternativa à reclusão, considerava-se que a pena era inferior a um ano, o que autorizaria a suspensão.⁽³⁾

Antes da alteração legislativa, o instituto foi proposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em conexão com um expressivo número de investigações criminais de cartel,⁽⁴⁾ que ganharam relevância a partir da investigação do chamado cartel da pedra britada, em 2003.⁽⁵⁾ No geral, entre as condições para a suspensão condicional do processo, estavam comparecimento periódico ante o juízo e pagamento de prestação pecuniária por período de dois anos. Excepcionalmente, foram incluídas condições como a proibição de comparecer a restaurantes e eventos sociais sem prévia autorização do juízo.⁽⁶⁾

Apesar dessa primeira reação acerca do afastamento do instituto para crimes de cartel, é possível sustentar a tese de que permanece a possibilidade para celebrar suspensão condicional do processo devido à brecha legislativa. Isso porque a Lei 8.137/1990, lei especial em matéria de cartéis, prevê em seu art. 9.º que, nos casos dos crimes previstos no art. 4.º, a pena de reclusão pode ser convertida em pena de multa, independentemente do número de anos da condenação. Note-se aqui o que parece ser uma falha de técnica legislativa: o melhor termo técnico seria *substituição* de pena ao invés de *conversão*, visto que esta última é tradicionalmente entendida como uma substituição que se dá no curso da execução da pena e não no momento de sua fixação pelo juiz. A Lei 7.210, de 11.06.1984,⁽⁷⁾ prevê em seu art. 180, a conversão de penas privativas de liberdade apenas em penas restritivas de direitos – e desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 2 (dois) anos, entre outras condições.⁽⁸⁾ Já quanto à substituição de penas, o Código Penal prevê em seu art. 44, § 2.º, que apenas na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos.⁽⁹⁾ Ainda, em 1996, o STJ emitiu súmula com o seguinte entendimento: “*Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa*”,⁽¹⁰⁾ em interpretação da regra geral de substituição de penas do Código contida no art. 44, § 2.º.

Fato é que estamos diante de lei especial posterior à reforma penal de 1984 que criou regra especial – e, ao que nos parece, sem precedentes no ordenamento jurídico pátrio – quanto à conversão de pena privativa de liberdade em multa. Nessa linha, juízes tem feito uso do art. 9.º no momento da fixação da pena, e não (apenas) no da execução.⁽¹¹⁾

Essa regra específica vale apenas para os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, e não abrange os crimes

contra a ordem tributária, segunda expressa disposição do art. 9.º da Lei 8.137/1990. Isso quer dizer que, em tese, a pena aplicável para o crime de cartel poderia ser apenas a de multa, o que voltaria a autorizar a possibilidade da suspensão condicional do processo. Ainda que não pareça ter sido o desejo do legislador quando da reforma da Lei 8.137/1990 empreendida em 2011, parece-nos que a tese é factível. Isso não significa, por óbvio, que o Ministério Público estará obrigado a oferecer suspensão condicional do processo em todas as investigações por conduta de cartel, não havendo que se falar em direito subjetivo do réu à sua aplicação.⁽¹²⁾

Não temos conhecimento que esta tese – possibilidade de suspensão condicional do processo após a nova redação do art. 4.º da Lei 8.137/1990 – tenha sido até o momento apreciada pelo Poder Judiciário dada a recente alteração no texto legal.

Notas:

- (1) “Art. 4.º Constitui crime contra a ordem econômica: I – Abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II – Formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.”
- (2) DALL’ACQUA, Rodrigo Nascimento. Aspectos processuais do crime de formação de cartel. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (Orgs.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 57: “Com a retirada do vocábulo ‘ou’, será criado um intransponível empecilho jurídico para a aplicação tanto da transação penal como da suspensão condicional do processo ao delito de cartel, já que sua pena mínima será exclusivamente a reclusão por dois anos”.
- (3) Nesse sentido, já decidiu o STF ao apreciar crime previsto no art. 7.º da Lei 8.137/1990: “(...) quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo” (STF, HC 83.926-6/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14.09.2007). Na mesma linha, segue o STJ: “Processo penal. Habeas corpus. Art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990. Pena privativa de liberdade. Mínimo cominado superior a um ano. Previsão alternativa de pena de multa. Suspensão condicional do processo. Possibilidade. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, é cabível a aplicação do art. 89 da Lei 9.099/1995 (Precedente do STF). Ordem concedida” (STJ, HC 109.980/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª T., j. 04.12.2008, DJe 02.03.2009).
- (4) Para lista dos processos em que houve suspensão condicional do processo, vide MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, apêndice IV.
- (5) Entre os 19 casos identificados relativos a crime de cartel no Brasil denunciados com base na Lei 8.137/1990, em que houve prolação de sentença definitiva, transação penal ou suspensão condicional do processo (166 indivíduos denunciados), sete resultaram em condenação (43 indivíduos), cinco resultaram em absolvição (42 indivíduos), cinco foram suspensos condicionalmente (52 indivíduos), um foi alvo de transação penal (20 indivíduos) e em um último processo houve extinção da punibilidade por declaração antecipada de prescrição penal (8 indivíduos). Em um dos processos classificados como de absolvição, um dos indivíduos teve declarada extinta a punibilidade devido a falecimento (Justiça Federal, Processo 2005.61.81.900422-3, 9.ª Vara Criminal de São Paulo). Para lista

dos processos, vide MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis... cit.*

- (6) O processo apenas pode ser suspenso após o recebimento da denúncia, sob determinadas condições, como (i) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; (ii) proibição de frequentar determinados lugares; (iii) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e (iv) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. A suspensão será obrigatoriamente revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. A suspensão também poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, sendo que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. Nos termos da Súmula 243 do STJ, o benefício não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, formal ou continuidade delitiva quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano. Daí é importante não haver excesso acusatório na denúncia, sob pena de afastar possibilidade de celebração da suspensão.
- (7) Lei de Execuções Penais.
- (8) As outras condições são: (i) o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; (ii) tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena; e (iii) os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável (Lei 7.210/1984, art. 180).
- (9) Prevê, ainda, o Código Penal em seu art. 12: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”
- (10) STJ Súmula 171, de 23.10.1996, DJ 31.10.1996.
- (11) Na apreciação da ApCrime 70018118026, o TJRS, após fixar a pena base de cinco acusados em dois anos de reclusão por participarem de cartel na revenda de combustíveis no município de Santa Maria, substituiu a pena em multa com base na previsão do art. 9.º da Lei 8.137: “*Todavia, tendo em vista o disposto no art. 9.º da Lei 8137/1990, converto as penas privativas de liberdade em multa no valor 200.000 (duzentos mil) BTNs, para cada um dos acusados. Ressalto que aos acusados J.H. e J.C.*

não foi possibilitada a conversão, pelo magistrado a quo, em face das circunstâncias judiciais, já que detinham cargos de destaque na associação dos proprietários de postos de combustível, exercendo evidente liderança sobre os demais.” (TJRS, ApCrime 70018118026, rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 24.05.2007). Vide também TJPE, ApCriminal 0196609-6, 8.ª Vara Criminal, rel. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio, j. 16.06.2010 (o processo refere-se a crime contra relações de consumo). Por fim, vide Processo 1068/08, 27.ª Vara Criminal da Capital, j. 29.01.2014, em que indivíduo foi condenado a 10 anos e 3 meses de reclusão por participação em cartel de carga aérea. No momento da fixação da pena, foi considerada a pertinência da conversão da pena em multa, nos seguintes termos: “*Não é caso de conversão da pena de reclusão em multa, conforme o art. 9.º da Lei 8.137/1990, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis e as causas de aumento de pena acima mencionadas (...)*”.

- (12) Vide. e.g., HC 83250/SP (STF), rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.03.2004. “*Habeas corpus. Suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89). Requisito objetivo e continuidade delitiva. Inexistência de direito subjetivo à suspensão condicional do processo. Súmula 696. Ordem denegada. 1. Em se tratando de crimes idênticos em continuidade delitiva, o requisito objetivo para a suspensão condicional do processo deverá ser calculado pela pena mínima cominada em abstrato, majorada em um sexto. 2. A suspensão condicional do processo tem natureza jurídica de transação processual, daí porque inexistente direito subjetivo do réu a sua aplicação. 3. Se o Ministério Público expressa e motivadamente deixa de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa essa manifestação, não há que se aplicar a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal*”.

Ana Paula Martinez

Doutora em Direito Penal pela USP e

Mestre em Direito por Harvard e USP.

Ex-Diretora do Departamento de Proteção
e Defesa Econômica da Secretaria de

Direito Econômico/Ministério da Justiça.

Professora de Direito Econômico da FGV-Direito Rio.