

# Do compromisso de cessação e suspensão do processo<sup>1</sup>

Sidio Rosa de Mesquita Júnior<sup>2</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Natureza da suspensão do processo. 3. Predomínio das normas mistas. 4. Divergências doutrinárias. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

O processo administrativo instaurado no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) poderá ser suspenso.<sup>3</sup> Tal suspensão decorre da realização do “compromisso de cessação de prática sob investigação”.<sup>4</sup>

O *compromisso de cessação* foi inserido na Lei nº 8.884/94, como resultado natural da previsão constitucional de que a ordem econômica será regida pela *livre iniciativa* (art. 170, *caput*, da CF).<sup>5</sup> Com efeito, a doutrina diz que o art. 170 da Constituição Federal tem inspiração *neoliberal*, uma vez que valoriza a *livre iniciativa*, restringindo a participação do Estado, o qual só poderá atuar quando violado algum dos princípios previstos como norteadores da ordem econômica nacional.

O capítulo da Constituição Federal que trata da ordem econômica contém preceitos de *eficácia limitada*, uma vez que os mesmos, apesar de terem eficácia imediata, estabelecem unicamente programas (*normas de princípios programáticos*) que serão implementados pelo legislador ordinário. Tais preceitos têm eficácia porque o legislador infraconstitucional não pode estabelecer regras divorciadas desses princípios, nem os agentes da Administração podem atuar em desacordo com os mesmos.<sup>6</sup>

1 Foi alterado o título original “*Suspensão condicional do processo que apura infração contra a ordem econômica*” para adequação à linha editorial da RDE.

2 Procurador Autárquico, Sidio Rosa de Mesquita Júnior é pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo ICPD/CEUB e Professor da Faculdade de Direito do Distrito Federal, do Centro de Ensino Unificado de Brasília.

3 Art. 53, § 2º, da Lei nº 8.884/94.

4 Art. 53, *caput*, da Lei nº 8.884/94.

5 COELHO, Fábio Ulhoa, *Direito Antitruste Brasileiro*. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 120.

6 TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*. Malheiros, São Paulo, 12ª ed., 1996, p. 25.

Ao nosso ver, o legislador constituinte agiu acertadamente ao prever a *livre iniciativa* como princípio que deve reger a ordem econômica nacional. Aliás, o preceito constitucional encontra amparo na própria noção do que é Direito Econômico, o qual foi assim definido:

“... o Direito Econômico representa a tentativa de adaptação permanente das normas jurídicas às transformações econômicas, procurando não fazer prevalecer velhos institutos de missão cumprida no âmbito do direito tradicional, mas sim estruturar formas e técnicas novas imprescindíveis ao desenvolvimento econômico nacional e internacional”.<sup>7</sup>

A aparente divagação (acima) visa demonstrar que a intervenção do Estado na ordem econômica deve ser mínima, razão pela qual o *compromisso de cessação* deve ser buscado na solução dos casos sob investigação nesta Autarquia ou na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE).

## 2. Natureza da suspensão do processo

Interessa-nos saber se a suspensão condicional do processo decorrente do *compromisso de cessação de prática* tem natureza processual ou material. Os efeitos que são gerados pelo instituto demonstram que o mesmo tem natureza mista, pois, por um lado, provoca a suspensão do processo e, por outro, é causa extintiva da punibilidade.

A Lei nº 9.099/95 prevê a suspensão condicional do processo penal, estabelecendo uma série de requisitos e condições a serem obrigatoriamente impostas.<sup>8</sup> Conclui-se, portanto, que se trata de uma norma melhor elaborada. Acerca da referida lei, como se trata de matéria penal, predomina o entendimento de que a referida suspensão se torna obrigatória em favor do réu que preencha os requisitos e que aceita as condições estabelecidas para tal.<sup>9</sup>

Dúvida poderá emergir sobre a natureza do ilícito previsto na Lei nº 8.884/94. É certo que o ilícito será sempre “infração, mas sua natureza pode ser penal, administrativa, tributária, trabalhista, econômica”.<sup>10</sup> Oscar Barreto Filho diz que “antes de ser uma lei de caráter econômico, a Lei Antitruste é uma lei de caráter penal.”<sup>11</sup> Todavia, parece-nos mais adequada a idéia de que

7 QUEIROZ, José Wilson Nogueira de, *Direito Econômico*, Forense, Rio de Janeiro, 1982, p. 9.

8 Art. 89 de Lei nº 9.099/95.

9 Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão Condicional do Processo Penal*, RT, São Paulo, 1995; e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, e RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, RT, São Paulo, 1995, p. 390.

10 CRETELLA JÚNIOR, J., *Comentários à Lei Antitruste*, Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 83.

11 Conforme FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Introdução ao Direito da Concorrência*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 11.

é mister a diferenciação entre as naturezas dos preceitos contidos em nosso ordenamento jurídico, a fim de evitar equívocos que podem gerar a aplicação inadequada da lei.

Com relação ao bem jurídico protegido pelas normas penais econômicas, é a ordem econômica, bem de caráter difuso, que se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais.<sup>12</sup> O objeto jurídico da Lei nº 8.884/94 é a ordem econômica, entretanto, creio que a convergência da referida norma para o objeto jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico não autoriza, por si só, a sua caracterização como norma penal.

A matéria que se localiza no campo de estudo do Direito Penal-Econômico, terá, como efeito, a exigibilidade do enquadramento rigoroso da falta imputada na definição legal.<sup>13</sup> Entretanto, “a vetorialidade e instabilidade das normas econômicas recomenda a criação de tipos legais aptos a acompanhar a agilidade da vida econômica. Recomenda-se, preferencialmente, o emprego de normas penais em branco, dos tipos de perigo, dos elementos normativos e de cláusulas gerais, da supressão de qualificadoras do elemento subjetivo do tipo”.<sup>14</sup>

Em face dos preceitos contidos na Lei nº 8.884/94, é coerente a afirmação de que ela contém medidas mistas, uma vez que a mesma tem evidente caráter administrativo (como regra geral, a norma trata do aspecto administrativo da intervenção do Estado na atividade econômica dos administrados), processual (altera regras de cunho eminentemente processuais como, *verbi gratia*, o preceito contido no art. 86), e penal (cria novo tipo penal *ex vi* o disposto no art. 85). Acredita-se que a norma deve conter matéria que reside em um único ramo do direito, mas admite-se a criação de normas mistas, as quais devem prevalecer no campo do Direito Econômico.<sup>15</sup> Assim, conforme demonstramos, a Lei nº 8.884/94 enfoca aspectos do Direito Penal Econômico e outros relativos à intervenção administração na ordem econômica, caracterizando medida de cunho essencialmente administrativo.

### 3. Predomínio das normas mistas

O legislador pátrio tem demonstrado uma forte tendência para a criação de normas jurídicas mistas, o que se torna evidente ao se analisar as Lei nº

12 ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de, *Dos Crimes Contra a Ordem Econômica*, RT, São Paulo, 1995, p. 36.

13 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *ob. cit.*, p. 12.

14 E. SALOMÃO, Heloísa, *Tipicidade no Direito Penal Econômico*, RT, Ano 85, 1996, nº 725, p. 419.

15 TIEDMANN, Klaus, *Responsabilidade Penal de Personas Jurídicas y Empresas em derecho comparado*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, 1995, p. 23.

8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Tais normas, assim como a Lei Antitruste, devem ser estudadas segundo os ensinamentos de mais de um ramo do Direito, tendo em vista que as mesmas contêm dispositivos que transcendem a limitação de um único ramo da Ciência Jurídica.

Creemos que o compromisso de cessação de prática, fundado no princípio constitucional de que a ordem econômica se dará pela livre iniciativa, tem natureza mista, envolvendo, inclusive, a transação prevista no Código Civil.<sup>16</sup>

É inegável a natureza de transação da suspensão condicional do processo, onde a autarquia e a empresa fazem um acordo que visa a imediata cessação da infração sob investigação. Entretanto, a empresa que prestará o compromisso apenas pugna para que as condições lhe sejam favoráveis e decide sobre a aceitação do compromisso.

A suspensão condicional do processo penal é ato bilateral, uma vez que depende da aceitação do acusado.<sup>17</sup> Também, o compromisso de cessação se constitui em ato bilateral, mas com o mesmo sentido da suspensão prevista na Lei nº 9.099/95, tendo em vista que o CADE propõe a suspensão (ou a parte a requer), e as condições poderão ser negociadas. Assim, o acordo a que menciona a doutrina se restringe à aceitação das condições a serem fixadas, podendo a empresa compromissária transacionar sobre tal aspecto.

É mister a lembrança de que o art. 89 da Lei nº 9.099/95 encontra-se assim escrito: "...o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, *poderá* propor a suspensão do processo..." (grifei). Da mesma forma, a Lei nº 8.884/94 menciona a palavra *poderá*, mas, assim como no processo penal, não se trata de faculdade do Estado, mas de direito subjetivo do acusado.

Critica-se o preceito do art. 86 da Lei nº 8.884/94, tendo em vista que as penas cominadas na mesma são, unicamente, pecuniárias. Com efeito, não são abstratamente cominadas penas privativas de liberdade às infrações contra a ordem econômica. Entretanto, isso só não ocorre no campo administrativo, pois encontramos dentro do Direito Penal Econômico a previsão de penas privativas de liberdade. "A Lei nº 8.137/90 e, no tocante aos crimes contra a ordem econômica a faceta penal"<sup>18</sup> da Lei nº 8.884/94.

16 CC, Arts. 1025 a 1036.

17 GOMES, Luiz Flávio, *ob. cit.*, p. 139.

18 ZANELLATO, Marco Antônio, *Direito Penal Econômico e o Direito Penal de Defesa do Consumidor como instrumentos de resguardo da Ordem Pública Econômica*, Justitia, São Paulo, Ano 54, nº 160, 1992, p. 87.

#### 4. Divergências doutrinárias

Parte da doutrina entende que a Lei nº 8.137/90 encontra-se derrogada pela *lex mitior*. Observe-se que não se trata de lei nova mais benéfica, mas de norma que, predominantemente, reside no campo do Direito Administrativo, vigendo paralelamente com a Lei nº 8.137/90. Aliás, esta é alterada expressamente pela Lei nº 8.884/94.<sup>19</sup> Ora, não faria sentido alterar o capítulo da Lei nº 8.137/90 que trata da ordem econômica se estivesse revogando tacitamente esta parte.

De qualquer forma, a infração administrativa será menos grave que a infração penal, tanto é que a única sanção prevista na *Lei Antitruste* é a de multa. Como corolário, cremos que todas as infrações à Lei nº 8.884/94 podem ensejar a suspensão condicional do processo administrativo.

A Lei nº 8.884/94 contém uma série de impropriedades técnicas, as quais refletem significativamente no estudo do *compromisso de cessação*, uma vez que esta não enumera os requisitos necessários para a concessão do benefício. Então, a definição de tais requisitos serão definidos segundo a teleologia da norma.

Indubitável é que o *compromisso de cessação de prática* permite o alcance dos objetivos do Estado de forma mais célere. Outrossim, alcança o fim de se concretizar uma economia processual salutar ao Estado, tendo em vista que o mesmo deixa de empregar recursos humanos e materiais para a solução da lide. Finalmente (e principalmente), permite a solução do problema econômico segundo a livre iniciativa, evitando-se a intervenção estatal em tal campo.<sup>20</sup>

Entretanto, não se pode olvidar que o fim maior é a manutenção (ou restauração) da ordem econômica, razão pela qual o benefício deve ser utilizado da maneira viável à diminuição dos casos de *reincidência*. Ressalte-se que, ao contrário da Lei nº 9.099/95, a Lei antitruste não prevê nenhum requisito especial, além da existência de processo administrativo, para a realização do *compromisso de cessação*. Mas, quais requisitos poderão ser exigidos?

Ao nosso ver, poderão ser exigidos os seguintes requisitos: 1) existência do processo administrativo; 2) restauração da ordem econômica; 3) fixação das condições obrigatórias constantes da lei; 4) demonstração de que a medida será positiva para a ordem econômica.

Sobre os requisitos enumerados, algumas considerações se tornam oportunas, a saber:

---

19 Lei nº 8.884/94, art. 85.

20 CF, art. 170, *caput*.

- a) *existência do processo administrativo* — a lei faz a distinção entre processo administrativo e averiguação preliminar, sendo que esta é procedida perante a SDE. Entretanto, tal distinção não é relevante, uma vez que todo procedimento instaurado e desenvolvido pela Administração será sempre processo administrativo, ao menos *lato sensu*. Assim, o *compromisso de cessação* poderá ser feito em qualquer fase do procedimento administrativo, estando ele na SDE ou no CADE;
- b) *restauração da ordem econômica* — existem algumas infrações que se caracterizam pela realização de um ato momentâneo, mas que têm efeitos permanentes. Outras, porém, são realizadas e a sua execução se prolonga no tempo. Assim, as primeiras são as infrações com execuções momentâneas, mas com efeitos permanentes, e as segundas são aquelas em que a execução se prolonga no tempo. Porém, qualquer uma dessas infrações poderá ser restaurada, independentemente da aplicação da pena;
- c) *fixação das condições estabelecidas na lei* — As condições previstas nos §§ do art. 53 da Lei nº 8.884/94 são obrigatórias. Estas não são suscetíveis de negociação. Com relação às mesmas, a empresa compromissária terá a única autoridade para escolher se aceita ou não o benefício, o que não descaracteriza a bilateralidade do compromisso;
- d) *demonstração de que a medida será positiva para a ordem econômica* — o juiz criminal, no momento da fixação da pena deverá analisar a periculosidade do réu,<sup>21</sup> a qual será determinada segundo os registros constantes acerca do passado do réu. Consultando o passado, o juiz prevê o futuro do mesmo. Da mesma forma, o administrador deverá verificar os antecedentes da empresa para decidir sobre a viabilidade da concessão do benefício.

Entretanto, a lei é falha nesse aspecto, uma vez que não define maus antecedentes nem reincidência. Dentro dos limites do Direito Penal maus antecedentes significam a existência de mais de um processo contra o réu. Por outro lado, reincidência seria o cometimento de novo crime no prazo de cinco anos, contado da data da extinção da pena relativa ao crime anterior.<sup>22</sup> E perante a autoridade administrativa, o que seria?

No campo do Direito Administrativo são plásticas as decisões do administrador, tendo em vista a discricionariedade que lhe é facultada. Porém, a fim de se evitar injustiças, o Administrador deve ter um critério, fixando condições mínimas para a concretização de condutas coerentes. Assim, por crer que é

21 CP, art. 59, *caput*.

22 CP, art. 64, inciso I.

necessária a fixação de critérios, entendo que os requisitos enumerados na Lei nº 9.099/95 são suficientes para suprir a omissão da lei antitruste, a saber: a) não estar a empresa respondendo a outro processo, por fato diverso, conseqüentemente, não poderá estar cumprindo as condições de outro *compromisso de cessação de prática*; b) que a empresa não tenha sido condenada por infração contra a ordem econômica no prazo de cinco anos, contado da decisão anterior.

Ressalte-se que não é despropositada a fixação de um prazo para a consideração de que seja a empresa reincidente, pois é inconcebível a idéia da ausência da impossibilidade de reabilitação. Por analogia, entendemos que o prazo ideal é o de cinco anos, tendo em vista as reabilitações tributária, administrativa e penal.

## 5. Conclusão

Pelas razões expostas, a análise do mérito dos fatos para concessão do benefício do *compromisso de cessação de prática*, viola a Lei nº 8.884/94 e, principalmente, os princípios insertos na Constituição Federal. Tal benefício dependerá apenas da concordância sobre as condições fixadas, da restauração da ordem econômica e da demonstração de que tal medida será positiva para a ordem econômica, presente e futura.