

VOTO Nº 53/2017

PROCESSO Nº 1.16.000.003121/2016-63

ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR OFICIANTE: YGOR NERY FIGUEIREDO

RELATORA: MARIA HELENA DE CARVALHO NOGUEIRA DE PAULA

NOTÍCIA DE FATO. SUPOSTA FORMAÇÃO DE CARTEL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA PREVISTO NO ARTIGO 4º DA LEI Nº 8.137/90. PROMOÇÃO DE DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NÃO HOMOLOGAÇÃO.

1. Notícia de Fato instaurada mediante representação, noticiando a prática de cartel no Distrito Federal.

2. O Procurador da República oficiante promoveu o declínio de atribuições ao Ministério Público Estadual, por entender que a lei de regência não prevê a competência federal, como permite a Constituição Federal (art. 109, VI, in fine, para os crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/90).

3. O cartel é uma modalidade de abuso de poder econômico que se manifesta em ações ou omissões realizadas por empresas no exercício de suas atividades, através de ajustes ou acordos entre elas entabulados, em qualquer caso, resultando desconformes aos princípios e às finalidades normativas da ordem econômica, por conduzirem à consecução de uma inatural dominação do mercado e/ou eliminação – ainda que parcial – na concorrência nele existente.

4. O declínio de atribuições, neste momento, mostra-se prematuro. Isso porque, no caso dos autos, após o recebimento da representação noticiando suposta prática de cartel nenhuma diligência foi realizada, sendo evidente a necessidade de se aprofundar as investigações, sobretudo para identificar a existência, extensão e a territorialidade das referidas condutas delitivas, sobretudo, .se: **a-** atingiram diretamente bens, serviços ou interesses da União e/ou de suas autarquias ou empresas públicas (inciso IV do art. 109 da CF); **b-** redundaram em graves violações de direitos humanos, que o país se obrigou a resguardar em virtude de obrigações decorrentes de tratado do qual é signatário; **c-** tiveram imediata repercussão interestadual; **d-** repercutiram diretamente no fornecimento de bens ou na prestação de serviços essenciais em relação à vida ou à saúde, mas em contexto no qual o resultado das condutas praticadas possa mediatamente alcançar maior amplitude geográfica, de tal modo que se recomende a imediata atuação federal (*inciso IV do art. 109 da CF e art. 12, III, Da Lei federal 8.137/1990*); **e-** demonstrado interesse processual da União Federal; **f-** houver conexão do crime de cartel com qualquer outro crime da inquépita competência federal.

5. Com essas considerações, aplicando analogicamente o Enunciado nº 69 e o Enunciado nº 70 da 2ª Câmara, voto pela não homologação do declínio de atribuições e devolução dos autos ao Procurador da República oficiante para que realize diligências mínimas para a completa elucidação dos fatos, de modo a concluir, de modo seguro, pela competência ou não da justiça federal.

Trata-se Notícia de Fato instaurada mediante representação formulada por ANDRÉ DE OLIVEIRA XAVIER, noticiando a prática de cartel em sua cidade, uma vez que, no dia 25 de agosto de 2016, teria recebido mensagem do empresário URIAS BONFIM DELFINO, proprietário da empresa Horizontes Representações, questionando sua margem de preço frente aos concorrentes, bem como pressionando-o para que realizasse o aumento dos preços para ingressar na faixa de mercado. Aduziu, ainda, ter sido advertido de que se não adotasse tal postura, Urias, em conluio com outros agentes

do mercado, não efetuaria novas vendas para a empresa do Representante.

O Procurador da República oficiante promoveu o declínio de atribuições ao Ministério Público Estadual, por entender que a lei de regência não prevê a competência federal, como permite a Constituição Federal (art. 109, VI, *in fine*, para os crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/90 (fls. 06/07).

Os autos foram remetidos à 2ª CCR/MPF, com fundamento no Enunciado nº 32.

É o relatório.

Com a devida vênia ao entendimento do Procurador da República oficiante, o declínio de atribuições, neste momento, mostra-se prematuro.

Isso porque, no caso dos autos, após o recebimento da representação noticiando suposta prática de cartel, nenhuma diligência foi realizada, sendo evidente a necessidade de se aprofundar as investigações, sobretudo para identificar a existência, extensão e a territorialidade da referida conduta delitiva.

O art. 109, inciso VI da Constituição da República estabelece a competência dos Juízes Federais para julgar *os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira*. Já o inciso IV do referido dispositivo constitucional afirma ser da competência da Justiça Federal *os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral* (art. 219 da CF).

Conforme se extrai do citado inciso VI, os crimes contra a ordem econômica ou contra o sistema financeiro nacional *somente serão julgados pela Justiça Federal na hipótese de previsão expressa em lei ordinária*.

Para os crimes contra o sistema financeiro, esta previsão encontra-se no art. 26 da Lei 7.492/86. Ao contrário, a Lei 8.137/90, relativa aos crimes contra a ordem econômica, não contém dispositivo legal expresso fixando a competência da Justiça Federal, competindo, em regra, à Justiça Estadual o julgamento dessa espécie de delito;

Isso, todavia, não afasta, de plano, a competência da Justiça Federal, desde que se verifique hipótese de ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, nos exatos termos do art. 109, inciso IV da Carta Constitucional.

A respeito do tema, ressalto a existência do GRUPO DE COMBATE A CARTÉIS, no âmbito da Procuradoria da República no Estado de São Paulo – unidade da

capital, constituído pela Portaria nº 1.140/2010, com atribuição para atuar com exclusividade, a partir de 09 de agosto de 2010, nos procedimentos extrajudiciais, cíveis e criminais, relacionados ao tema, distribuídos a partir daquela data, bem como nos demais processos judiciais e procedimentos deles decorrentes.

Segundo informações de um de seus integrantes, o Procurador da República Rodrigo de Grandis, na concepção do Grupo, todos os cartéis são de competência federal, na forma do art. 109, IV, da Constituição de 1988, uma vez que *“a hipótese criada pela jurisprudência do STJ (cartéis interestaduais são federais) não tem assento constitucional. Usamos como raciocínio analógico os crimes da Lei n.º 6.385/1976 (manipulação do mercado, insider trading etc.), sobre os quais o STJ tem entendido pela competência federal em todas as hipóteses”*.

No mesmo diapasão a manifestação do Procurador da República Márcio Schusterschitz da Silva Araújo, nos autos do Processo nº 0005207-80.2016.403.6181 (exceção de incompetência para a Ação Penal 0002506-49.2016.403.6181), tramitada perante a 5ª Vara Federal Criminal – Seção Judiciária de São Paulo.

Com efeito, na lição do Procurador Regional da República, Rodolfo Tigre Maia, em sua obra **“Tutela Penal da Ordem Econômica: O crime de formação de cartel” - editora Malheiros, 2008**, o cartel é uma modalidade de abuso de poder econômico que se manifesta em ações ou omissões realizadas por empresas no exercício de suas atividades, através de ajustes ou acordos entre elas entabulados, em qualquer caso resultando desconformes aos princípios e às finalidades normativas da ordem econômica, por conduzirem à consecução de uma inatural dominação do mercado e/ou eliminação – ainda que parcial – na concorrência nele existente.

Na mesma obra o citado autor defende às páginas 239/256 a competência federal para o julgamento dos crimes de cartel, com base, entre outros, nos argumentos a seguir expostos.

Primeiramente, nos termos do voto do Ministro José Arnaldo Fonseca, no julgamento do HC 32.292, a regra geral é a que atribui a competência à Justiça Federal para processar e julgar os crimes praticados em detrimento de interesses da União ou de suas autarquias, ressalvada unicamente a competência das Justiças Militar e Eleitoral; a regra especial é a que versa apenas sobre crimes de natureza específica, contra o Sistema Financeiro ou a ordem econômica. Para que a regra especial esteja em harmonia com a regra geral, há que se ter o inciso VI do artigo 109 da CF como complementar ao inciso IV, de modo que a competência da Justiça Federal alcance os crimes contra a ordem econômica praticados em detrimento de interesses da União ou de suas

autarquias, ainda que a lei definidora assim não determine e, ainda, que caiba à Justiça Federal processar e julgar crimes contra a ordem econômica, mesmo que não afetem bens, serviços ou interesses federais imediatos, desde que a lei lhe atribua tal competência. Referido entendimento, segundo o autor, *“harmoniza os dois mandamentos constitucionais, ponderando suas respectivas repercussões e dando-lhes as maiores densidade e elasticidade possíveis nas circunstâncias, sem que a adoção de um deles tenha por consequência a aniquilação total do outro, em conformidade com a melhor perspectiva hermenêutica de razoabilidade que deve presidir a exegese constitucional.”*

Em segundo lugar, o reconhecimento de um modelo estruturado em uma relação de feição *“norma geral vs. norma especial”* pressupõe a existência não só de um núcleo comum, que identifique os respectivos conteúdos normativos, como a de um elemento especializante, que acrescente ao teor de uma norma um *plus* distintivo em relação à outra. Tal não ocorre entre os incisos IV e VI do artigo 109 da CF, que se interpenetram e se delimitam reciprocamente, sem que haja um maior alcance concreto do primeiro (inciso IV) ou que do segundo (inciso VI) decorra menor abrangência.

Mesmo partindo-se da premissa equivocada da “especialização” entre os referido incisos, esta “especialização” poderia conduzir à conclusão de que a definição geral de competência em razão da pertinência subjetiva, articulada com a presença da lesividade (inciso IV), é especializada para atingir outras situações nas quais, embora presente uma empresa privada, ainda assim, por força da relevância e repercussão coletiva do bem jurídico no qual estão inseridos estes interesses prejudicados (ordem econômico-financeira), será admitida a ampliação da competência federal, desde que exista previsão expressa neste sentido (inciso VI).

E mais: esta lógica da “especialidade” restritiva da competência federal (se ela não for expressa, não pode ser ampliada) colide com outro posicionamento no âmbito do próprio inciso VI, no que tange aos crimes contra a organização do trabalho, nos quais a jurisprudência no âmbito do STF caminhou para uma interpretação restritiva, considerando da competência federal apenas os crimes que ofendam o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores. Assim, conclui o autor: *“ora, se é reconhecida a existência de competência federal para a organização do trabalho apenas quando esta se apresenta como um bem jurídico coletivo, a fortiori, como não reconhecê-la também quando se está - no mesmo preceito constitucional – diante de um outro bem jurídico coletivo (ordem econômica), ao qual este sistema (organização do trabalho), inclusive, está vinculado?”*

Por último, a relevância constitucional da ordem econômica e sua

essencialidade impõem a presença de interesse da União, ao menos em todas as vezes nas quais sua higidez seja colocada em risco, ou de uma forma global, que transcenda o interesse meramente individual ou local. Ademais, todo o sistema estrutural de proteção da ordem econômica é organizado, supervisionado, implementado e fiscalizado por agências federais, criadas exatamente para atender a estas finalidades. Da mesma forma, atribui-se ao MPU legitimidade para promover as ações necessárias em defesa da ordem econômico-financeira, além de ter sido criado o CADE, com atribuição para velar pela ordem econômica, fiscalizando, identificando, investigando e sancionando administrativamente condutas que sejam consideradas lesivas para aquele bem jurídico constitucional.

Dentro desta linha de raciocínio sugere, o autor, um esboço exemplificativo, ao qual ora aderimos, de critérios e situações que redundam no reconhecimento da presença de interesse da União ou que recomendam o deslocamento dos crimes contra a ordem econômica para a competência da Justiça Federal. São estes:

"(a) Consequências materiais das condutas investigadas, pelo fato de estas:

(a1) atingirem diretamente bens, serviços ou interesses da União e/ou de suas autarquias ou empresas públicas (inciso IV do art. 109 da CF), inclusive quando cometidos em detrimento de monopólio confiado à União (art. 177 da CF) ou na hipótese de existirem decisões administrativas, versando sobre a matéria em apuração criminal, na esfera dos órgãos públicos federais que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (inciso IV do art. 109 a CF e art. 64, c/c o art. 89, da Lei Antitruste);

(a2) redundarem em graves violações de direitos humanos, que o país se obrigou a resguardar em virtude de obrigações decorrentes de tratado do qual é signatário; nesta hipótese, mediante a proposta de desaforamento submetida pelo Procurador-Geral da República ao STJ (inciso V-A, c/c o §5º, ambos do art. 109 da CF);

(a3) terem imediata repercussão interestadual, em razão de o mercado geográfico considerado abranger mais de um Estado da Federação, recomendando a investigação e a repressão uniformes das mesmas (inciso I do §1º do art. 144 da CF de 1988, especialmente os crimes constantes do art. 1º da Lei federal 10.446/2002);

(a4) repercutirem diretamente no fornecimento de bens ou na prestação de serviços essenciais em relação à vida ou à saúde, mas em contexto no

qual o resultado das condutas praticadas possa mediatamente alcançar maior amplitude geográfica, de tal modo que se recomende a imediata atuação federal (inciso IV do art. 109 da CF e art. 12, III, Da Lei federal 8.137/1990).

(b) Incidentes processuais envolvendo as condutas investigadas, por estar presentes:

(b1) interesse processual da União Federal, e. g., em razão de o CADE se habilitar como assistente de acusação no processo penal correspondente (incisos I e IV do art. 109 da CF, art. 268 do CPP e art. 64, c/c o art. 89, ambos da Lei Antitruste), ou pela existência de acordos de leniência firmados na esfera administrativa que se pretenda validar em sede criminal (arts. 35-B e 35-C da Lei Antitruste); ou, ainda, por se configurar

(b2) conexão do crime de cartel com 'os crimes que ofendem o sistema de órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, resultarem em lesão à organização do trabalho como um todo' (inciso VI, primeira parte, do art. 109 da CF) ou, ainda, com qualquer outro crime de inequívoca competência federal (Súmula 122 do STJ)."

Referido entendimento já foi acolhido por pelo menos duas vezes no âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 117.169-SP e Agrg no HC 269.029-DF, nos termos das ementas abaixo reproduzidas:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. COMPETÊNCIA. EMPRESAS DO RAMO DE GÁS INDUSTRIAL. CONTROLE DO MERCADO NACIONAL. INTERESSE SUPRA-REGIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTE DO STJ. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 150/STJ. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM NA DENÚNCIA E ILICITUDE DA PROVA. QUESTÕES A SEREM APRECIADAS NO JUÍZO COMPETENTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PORÉM, PARA RECONHECER, EM PRINCÍPIO, A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, SEM PREJUÍZO DA AVALIAÇÃO ULTERIOR DO JUIZ FEDERAL SOBRE A SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. 1. **A Lei 8.137/90, relativa aos crimes contra a ordem econômica, não contém dispositivo expresso fixando a competência da Justiça Federal, competindo, em regra, à Justiça Estadual o julgamento dessa espécie de delito; todavia, isso não afasta, de plano, a competência da Justiça Federal, desde que se verifique hipótese de ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, nos exatos**

termos do art. 109, inciso IV, da Carta Constitucional, ou que, pela magnitude da atuação do grupo econômico ou pelo tipo de atividade desenvolvida, o ilícito tenha a propensão de abranger vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais. 2. A diretriz para a fixação dessa competência é dada pela denúncia; e, na hipótese em discussão, a inicial acusatória aponta para a existência de formação de cartel por empresas do ramo de produção e comercialização de gás industrial, com atuação em todo o território brasileiro, visando ao controle do mercado nacional, sugerindo, inclusive, que teria havido fraude à licitações de empresas públicas e privadas sediadas em diferentes Estados. 3. A persecução criminal se iniciou por provocação da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que vinha investigando inúmeras denúncias contra os acusados e forneceu os dados iniciais necessários para o início da Ação Penal, também aludindo ao âmbito nacional da infração. 4. Já decidiu esta Corte que, quando a propensão ofensiva à ordem econômica se faz sentir em localidades diversas e em territórios distintos, evidenciado o interesse supra-regional, exsurtem a necessidade de interferência da União e a competência da Justiça Federal (HC 32.292/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU 03.05.04). 5. Ressalte-se, ademais, que, nos termos do enunciado 150 da Súmula desta Corte, compete a Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas. 6. As demais questões suscitadas no mandamus (existência de bis in idem pela imputação do crime de quadrilha e de formação de cartel em concurso material e ilicitude da prova) deverão ser apreciadas pelo Juízo competente. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para reconhecer, em princípio, a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento da Ação Penal intentada contra os ora pacientes, sem prejuízo da ulterior avaliação do Juiz Federal sobre a sua própria competência

(STJ - HC: 117169 SP 2008/0217483-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 19/02/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: 20090316 - DJe 16/03/2009)

GRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 2. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA. FORMAÇÃO DE CARTEL. 3. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A INTERESSES OU SERVIÇOS DA UNIÃO. 4. NULIDADE. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES A RECURSO INTERPOSTO POR CORRÉU. NÃO OCORRÊNCIA. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o

art. 3º do Código de Processo Penal, e do art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental. Precedentes. 2. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal pelo relator do mérito do habeas corpus, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. 3. Com a interposição do agravo regimental, fica superada eventual violação ao princípio da colegialidade, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado. 4. **A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento no sentido de que os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei n.º 8.137/90, são, em regra, de competência da Justiça Estadual, salvo se comprovada a efetiva lesão a bens, interesses ou serviços da União, a teor do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal,** não demonstrada na espécie, à luz do que se destacou na denúncia. 5. No processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". 6. Muito embora os pacientes não tenham sido intimados para apresentarem contrarrazões ao recurso interposto por corrêu, nenhum prejuízo sofreram, pois ausente a falta de interesse em recorrer, na medida em que a questão da competência da Justiça Federal já fora arguida como matéria do recurso interposto. Dessa forma, o simples inconformismo com o procedimento utilizado, desprovido de prova inequívoca da mácula ocasionada, não se presta para o reconhecimento de nulidade, especialmente na atual sistemática processual, em que a formalidade há de ceder à substância, havendo esta de prevalecer se e quando em confronto com aquela. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no HC: 269029 DF 2013/0116790-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 26/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2013)

Também é esse o entendimento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, adotado, recentemente, no procedimento MPF nº 1.34.033.000099/2016-02, julgado, à unanimidade, na Sessão de Revisão nº 668, em 12/12/2016.

Com essas considerações, aplicando analogicamente o Enunciado nº 69 e o Enunciado nº 70 da 2ª Câmara da 2ª Câmara, voto pela não homologação do declínio de atribuições e devolução dos autos ao Procurador da República oficiante para

que realize diligências mínimas para a elucidação dos fatos, bem como de eventuais autoria e materialidade delitivas.

Devolvam-se os autos à origem para cumprimento, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 06 de dezembro de 2016.

Maria Helena de Carvalho Nogueira de Paula
Procuradora Regional da República
Suplente – 2ª CCR/MPF

/M