

---

PARECER - PROCADE  
DA REINCIDÊNCIA NA INFRAÇÃO À ORDEM  
ECONÔMICA

---

*Victor Santos Rufino*



## ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.000256/2009-36

REQUERENTES: PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. E SEFAGEL S.A.  
RELATOR: CONSELHEIRO Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

**EMENTA:** CONSULTA – REINCIDÊNCIA – PRINCÍPIOS GERAIS EXTRAÍDOS DA LEGISLAÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO – SUPOSTA PRÁTICA DA NOVA INFRAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA PRIMEIRA DECISÃO CONDENATÓRIA.

Senhor Procurador-Geral,

Tratam os autos de requerimento do Conselheiro-Relator para que esta procuradoria se manifeste sobre a possibilidade de se considerar a requerente Petrobrás Distribuidora S.A. reincidente, quanto ao quesito intempestividade de apresentação de atos de concentração, em face das multas impostas nos atos de concentração 08012.002531/2007-94, 08012.002532/2007-39 e 08012.002534/2007-28.

Para o deslinde desta consulta é necessário definir o que é reincidência, quando ela se constata e qual é o parâmetro para sua aplicação.

### DA REINCIDÊNCIA

A lei 8.884/94, em seu art. 27, VIII, determina que a reincidência seja considerada para fins de aplicação da pena. Não obstante, este conceito não está densificado neste diploma legal, de forma que se faz necessário recorrer a outras leis para definir o que, de fato, pode ser considerado reincidência.

Transcreve-se, aqui, algumas normas penais e administrativas que cuidam deste tema:

#### *Código Penal*

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 (Lei das contravenções penais)

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

*Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social)*

Art. 290. [...]

Parágrafo único. Caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória, da data do pagamento ou da data em que se configurou a revelia, referentes à autuação anterior. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007)

*Regulamento do IPI*

Art. 452. Caracteriza reincidência específica a prática de nova infração de um mesmo dispositivo, ou de disposição idêntica, da legislação do imposto, ou de normas contidas num mesmo Capítulo deste Regulamento, por uma mesma pessoa ou pelo sucessor referido no art. 132, e parágrafo único, da Lei n.º 5.172, de 1966, dentro de cinco anos da data em que houver passado em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior (Lei n.º 4.502, de 1964, art. 70).

De todas elas deduz-se que a reincidência liga-se à prática de uma determinada infração, ou uma sua assemelhada, por um agente que já tenha sido condenado anteriormente pela prática da mesma infração ou congênera.

Mais. Todas as normas acima transcritas, tanto as penais quanto as administrativas, exigem, para a caracterização da reincidência, o trânsito em julgado da decisão que imputou ao infrator a prática da primeira infração, a ser considerada ou não para fins de caracterização da reincidência (doravante, “infração de referência”).

Não poderia ser de outra forma, pois, uma vez pendente de discussão a prática do ilícito de referência, inviável tomá-lo como aperfeiçoado com o exclusivo escopo de se agravar a penalidade de outra infração, por força do princípio da presunção da inocência.

Percebe-se, ademais, que o Código Penal, o Regulamento da Previdência Social e o Regulamento do IPI fixam um prazo (5 anos nos três casos) para que a infração de referência possa ser considerada para fins de reincidência, de forma a não tornar a prática do ilícito um fator perpétuo de mensuração das penalidades aplicáveis ao infrator.

Outro traço comum às normas citadas é que a prática da infração que pode dar azo à reincidência deve ter ocorrido em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão que imputou a infração de referência. Mais uma vez, trata-se de homenagem ao princípio da presunção da inocência, desta feita direcionada à própria subjetividade do infrator.

Desta forma, à falta de densificação do conceito de reincidência na própria lei de 8.884/94, é de rigor recorrer aos conceitos expressos no ordenamento jurídico pátrio – e que se fundam nas mesmas razões –, especialmente naqueles de índole administrativa, para se extrair o significado da reincidência e dizer sobre sua aplicação nos casos concretos.

Dito isso, tem-se que, em três pontos básicos, há similitude na disciplina da reincidência, de onde se pode extrair os princípios gerais do direito que a regem: 1 – É necessária a existência de condenação com trânsito em julgado pela prática da infração de referência; 2 – A infração que pode levar à reincidência deve ter ocorrido em momento posterior ao trânsito em julgado da condenação pela prática da infração de referência; 3 – A infração que pode levar à reincidência deve ter ocorrido em um prazo de cinco anos do trânsito em julgado da condenação pela prática da infração de referência.

## **DA REINCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO**

Aplicação destes princípios ao caso submetido a pronunciamento desta procuradoria, leva à necessidade de se responder a três perguntas básicas: 1 – houve trânsito em julgado de decisão condenando a requerente pela apresentação intempestiva de atos de concentração, em outros termos, há infração que possa ser tida como referência? 2 – A suposta nova infração ocorreu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão que condenou pela prática infração

de referência? 3 – O trânsito em julgado desta condenação ocorreu há menos de cinco anos da prática da suposta nova infração?

A resposta positiva à estes três quesitos leva à necessidade de se considerar, caso se constate nova apresentação intempestiva, a requerente como reincidente.

*1 – houve trânsito em julgado de decisão condenando a requerente pela apresentação intempestiva de atos de concentração, em outros termos, há infração que possa ser tida como referência?*

*Sim.* Conforme listado pelo próprio Conselheiro-Relator na solicitação de consulta, a requerente sofreu condenação por apresentação intempestiva de atos de concentração nos processos 08012.002531/2007-94, 08012.002532/2007-39 e 08012.002534/207-28.

No entanto, cabe aqui esclarecer o momento em que se configura o trânsito em julgado da decisão condenatória, em face da situação do processo 08012.002532/2007-39, sobre o qual pendem embargos de declaração questionando a resolução aplicável no cálculo que quantifica a multa por intempestividade.

A interposição de embargos de declaração não encontra previsão na lei 8.884/94, mas sim no Regimento Interno deste Conselho (art. 147 e SS.).

De outro lado, trata-se recurso tradicional no direito processual pátrio e encontra previsão também no Código de Processo Civil (art. 535 e SS.), aplicável subsidiariamente aos processos administrativos do CADE, por força do art. 83 da lei 8.884/94.

Segundo disposição expressa do Regimento Interno (art. 150), “*Os Embargos de Declaração interrompem o prazo para a interposição da Reapreciação e suspendem a execução do julgado*”.

Ora, sendo o trânsito em julgado decorrência da imutabilidade da decisão, dada a impossibilidade do prolongamento de sua discussão, e servindo os recursos em geral, e os embargos de declaração (espécie de recurso) em particular, para rediscutir a decisão tomada, lógico concluir que, pendente recurso, inexistente trânsito em julgado da decisão.

Desta forma, pendentes de julgamento embargos de declaração contra o acórdão que aplicou a multa por intempestividade, ausente o trânsito em julgado da decisão que condenou pela infração.

Entende-se, pois, que o trânsito em julgado da decisão condenatória dá-se a partir da publicação do acórdão que condenou o infrator pela apresentação intempestiva do ato de concentração ou, interpostos embargos de declaração contra este acórdão, da data da publicação do acórdão que julga os embargos.

No caso concreto, a distinção não acarreta maiores conseqüências de ordem prática, uma vez que a requerente também foi condenada pela apresentação intempestiva de ato de concentração nos processos

08012.002531/2007-94 e 08012.002534/2007-28, onde houve interposição de embargos de declaração, com acórdãos que os julgou publicados em 09/02/2009 e 16/02/2009.

*2 – A suposta nova infração ocorreu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão que condenou pela prática da infração de referência?*

*Não.* Para se definir o momento do cometimento da infração há de se perquirir sobre sua natureza.

O CADE conta com vasta discussão acerca do momento em que se consuma a infração apresentação intempestiva de ato de concentração.

Este debate pode ser conferido em todas as suas nuances, por exemplo, através da leitura dos votos prolatados nos atos de concentração 08012.003315/2004/13 e 08012.009181/2003-63, além de, mais recentemente, no ato de concentração 08012.002531/2007/94, inclusive com extenso parecer da ProCADE, da lavra do i. Procurador-Geral Interino, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

Basicamente, as opiniões dividem-se no sentido de que a infração consuma-se no 16º dia útil após a realização da operação e não se protraí no tempo (infração instantânea) ou no sentido de que trata-se de infração permanente (ou continuada) protraindo-se no tempo e só se esgotando com a apresentação do ato de concentração ao CADE.

O efeito da adoção de um ou outro entendimento, no que toca ao tema da reincidência, liga-se ao fato de que o momento da prática da nova infração é requisito para a sua constatação, pois deve ter sido em momento posterior ao trânsito em julgado da infração de referência.

Assim, pode-se, a depender da posição defendida, chegar a uma visão mais ou menos restritiva sobre o raio de constatação da reincidência.

Ou seja, caso se entenda que a infração perdura até a data da apresentação da operação, esta a baliza a se comparar com o trânsito em julgado da decisão que condena pela infração de referência, ampliando-se a possibilidade de se verificar a reincidência no caso concreto, ao menos em face do entendimento de que a infração é instantânea, pois, nesta linha de raciocínio, o momento da infração sempre será anterior à apresentação do ato de concentração, exceto na hipótese em que a apresentação se dê exatamente no 16º dia útil após a realização da operação.

No caso concreto, entretanto, a distinção não se faz necessária, pois o fato é que a apresentação do ato de concentração em exame – e sobre o qual se pode eventualmente chegar à nova decisão condenatória por apresentação intempestiva – deu-se em data (13/01/2009) anterior ao trânsito em julgado da primeira decisão que condenou a requerente pela apresentação intempestiva de ato de concentração, vale dizer, a publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração interpostos no ato de concentração 08012.002534/2007-28, em 09/02/2009.

Desta forma, seja pela vertente que afirma que a apresentação intempestiva é infração permanente ou continuada, seja por aquela que a tem como infração instantânea, a eventual nova prática da infração ocorreu em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão que condenou a requerente pela prática da infração de referência.

### **RECOMENDAÇÕES**

Diante do exposto, entende-se que, caso venha a se considerar que a apresentação deste ato de concentração é intempestiva, a requerente não deve ser considerada reincidente, para fins de aplicação da pena.

É o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 05 de maio de 2009.

*Victor Santos Rufino*  
PROCURADOR FEDERAL/CADE.