
O Ministério Público na defesa da concorrência e do consumidor

Waldir Alves

Procurador Regional da República. Representante Titular do Ministério Público Federal – MPF junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Professor convidado da Pós-Graduação LL.M. em Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Resumo: O artigo aborda questões relacionadas ao papel exercido pelo Ministério Público na defesa da concorrência e do consumidor, na esfera administrativa junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e nas esferas cível e penal perante o Judiciário, cuja coletividade é a titular dos bens protegidos pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Ao atuar no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a legitimação do Ministério Público prevista especificamente em lei, identifica a essencialidade de sua atuação, porém apresenta o desafio da constante atualização, observados os limites dessa atuação.

Palavras-chave: Ministério Público. Defesa da concorrência e do consumidor. Esferas administrativa, cível e penal. Tribunal Administrativo do CADE.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Atuação na esfera administrativa. 2.1 Origem e estrutura do CADE. 2.2 CADE como órgão julgante e a atuação do Ministério Público perante o Tribunal. 3 Atuação na esfera cível. 3.1 Ação para cessação de práticas infrativas à Ordem Econômica e a Ação de Reparação de Dano Concorrencial. 3.2 Atividade de *custos legis*. 4 Atuação na esfera penal. 4.1 Ação Penal Pública. 4.2 Acordo de Leniência e Acordo de Não Persecução Penal. 5 Atuação cooperada e coordenada no combate a cartéis. 6 Considerações finais. Referências.

Submissão: 04/10/2022

Aceite: 07/10/2022

1 Considerações iniciais

Ao prever os mandamentos nos artigos 127 e 129 de defesa da Ordem Jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público a defesa da Ordem Econômica, para – entre outros – assegurar a liberdade de iniciativa, a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa dos consumidores (artigo 170, *caput* e incisos III, IV e V), atuando na repressão ao abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, § 4º), recebendo na Lei nº 12.529/2011 a sua principal conformação legal e atual, a qual aponta a coletividade como titular dos bens por ela protegidos (artigo 1º, parágrafo único), nela prevendo a atuação do Ministério Público Federal junto ao Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

A defesa das condições de concorrência pelas Instituições de Estado, com essa atribuição, possui como base de sua atuação a proteção dos interesses difusos e coletivos, em especial da defesa do consumidor, um dos destinatários finais da Ordem Econômica. Nesse contexto, o Ministério Público se apresenta como Instituição que atua no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estruturado na Lei nº 12.529/2011.

A atuação do Ministério Público na defesa da concorrência ocorre especificamente em três pilares, na esfera administrativa junto ao CADE, exercida por representante do Ministério Público

Federal, e nas esferas cível e penal¹, pelo Ministério Público Federal (MPF), pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e pelos Ministérios Públicos dos Estados da Federação (MPEs).

A importância da atuação do Ministério Público na defesa da concorrência é identificada na própria legitimação prevista expressamente em lei e, em especial, na efetividade de sua atuação concreta, o que aponta para a sua essencialidade, com isso trazendo o desafio das inovações e dos limites dessa atuação.

2 Atuação na esfera administrativa

No âmbito da esfera administrativa, a atuação é exercida por representante do MPF junto ao CADE, pois sendo autarquia federal, nela atua membro do *Parquet* Federal, o qual além de manifestar-se nos feitos do CADE, em atenção ao princípio constitucional da unidade (artigo 127, § 1º) também atua para dar continuidade aos pleitos do *Parquet* dos Estados e do Distrito Federal, formulados à Autoridade Antitruste, de modo a zelar a pretensão dos interesses sociais e individuais indisponíveis defendidos pelo Ministério Público Brasileiro.

2.1 Origem e estrutura do CADE

A origem da então denominada “Comissão Administrativa de Defesa Econômica” se deu com o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de

¹ Sustentamos de forma inaugural, no âmbito da Lei nº 8.884/1994, o modelo dos três pilares de atuação do Ministério Público na Ordem Econômica (ALVES, 2004, p. 20).

junho de 1945, que definia as mais importantes formas de abuso do poder econômico, sendo revogado na sequência pelo Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de novembro de 1945, com o fim do Estado Novo.

A primeira lei brasileira a definir “*os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego*”, foi o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, tipificando, entre outras, as condutas de impedir ou dificultar a concorrência para o aumento arbitrário de lucros, o domínio do mercado e o impedimento da concorrência.

Sob a égide da Constituição de 1946, que trouxe a primeira previsão constitucional de repressão ao abuso de poder econômico (artigo 148)², foi promulgada a Lei nº 1.521, em 26 de dezembro de 1951, alterando a legislação sobre crimes contra a Economia Popular, tipificando o cartel, a venda casada, o preço predatório, a fixação de preço de revenda e as cláusulas de exclusividade.

Em 10 de setembro de 1962, foi editada a Lei nº 4.137, para regular a “*repressão ao abuso ao Poder Econômico*”, que criou o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE* (artigo 8º), com sede no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional, recebendo a incumbência de: a) averiguar a existência de abusos do poder econômico; b) promover o julgamento das infrações; e c) requerer ao Judiciário, em certos casos, a aplicação das sanções.

A Constituição de 1988 trouxe um capítulo específico da Ordem Econômica (artigo 170 e seguintes), estabelecendo a livre

² Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

concorrência como princípio da Ordem Econômica, sendo um bem de titularidade coletiva.

Sob a nova ordem constitucional, as atribuições do CADE foram modificadas pela Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991 (artigo 14), que o classificou como *órgão judicante* da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei nº 4.137/1962, passando a funcionar junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SNDE, embora com autonomia, mas como *órgão administrativo*, sem personalidade jurídica própria.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, revogando as Leis nºs. 4.137/1962 e 8.158/1991, manteve ao CADE a classificação de *órgão judicante* (artigo 3º), o qual passou a ter natureza autárquica, prevendo sua atribuição no artigo 7º e seguintes, passando a contar com uma Procuradoria própria (ProCade) que, além de prestar assessoria ao órgão no âmbito administrativo, passou a atuar diretamente em juízo, representando a autarquia (artigo 10).

Seus conselheiros exercem funções de extrema importância, sendo os atos administrativos de competência da autarquia, cercados de necessário formalismo e relevante conteúdo material, de larga repercussão na vida econômica nacional e do consumidor³.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE, órgão da Administração Direta, diretamente vinculado ao Ministério da Justiça, exercia basicamente as atividades especiais

³ “Os Conselheiros do CADE exercem funções quase-judiciais, em razão do formalismo na lei para a preparação e edição dos atos administrativos de competência da autarquia” (COELHO, 1995, p. 32).

de: *a)* instância administrativa auxiliar do CADE; *b)* *órgão de fiscalização das práticas de mercado*; *c)* órgão orientador em matéria de infração à Ordem Econômica; *d)* órgão de atuação da Administração Federal, para a adoção de medidas referentes às infrações contra a Ordem Econômica (artigos 13 e 14).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE (artigo 38), quando informada da instauração de procedimento administrativo pela SDE (artigo 14, inciso VI), podia emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, levando ao procedimento informações de ordem econômico-financeira para subsidiar a SDE e o CADE nas suas decisões, trazendo elementos de ordem técnica que apresentem os efeitos e consequências das suas decisões no caso concreto.

A atual Lei nº 12.529/2011 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo CADE e pela SEAE (artigo 3º), e atualizou as disposições sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica, revogando a Lei nº 8.884/1994.

No âmbito da nova lei, foi mantida a classificação do CADE como entidade judicante, de natureza autárquica, com sede e foro no Distrito Federal, dentro da estrutura administrativa do Ministério da Justiça (artigo 4º). Também foi mantida a própria Procuradoria (ProCade), para prestar assessoria no âmbito administrativo e atuar diretamente em juízo, representando o CADE (artigo 15), sendo o seu Procurador-Chefe nomeado pelo

Presidente da República, após aprovado pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos (artigo 16).

Como primeiro Órgão do CADE, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica teve especificadas suas atribuições no artigo 9º e seguintes, cujo Presidente e seus seis Conselheiros são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para um mandato de quatro anos (artigo 6º).

A Superintendência-Geral (antiga SDE, órgão vinculado diretamente ao Ministério da Justiça) passou a integrar a estrutura do CADE, como seu segundo Órgão, exercendo especialmente a tarefa administrativa auxiliar do Tribunal, fiscalizando as práticas de mercado, e apurando as infrações à Ordem Econômica, inclusive adotando as medidas preventivas para cessação de prática que constitua infração da Ordem Econômica (artigo 13). O Superintendente-Geral também é nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos, permitida a recondução para um único período subsequente (artigo 12).

Também houve a inserção de um terceiro Órgão na estrutura do CADE, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), a quem incumbe elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, com o objetivo de zelar pelo rigor e pela atualização técnica e científica das decisões do Órgão (artigo 17). Sua direção será exercida por um Economista-Chefe

nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal (artigo 18).

Foi mantida a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, competente para promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, cabendo-lhe opinar e elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, manifestar-se sobre o impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial (artigo 19).

2.2 CADE como órgão julgante e a atuação do Ministério Público perante o Tribunal

Para dar concretude ao mandamento dos artigos 127 e 129 da Constituição, de defesa da Ordem Jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuando na proteção dos interesses difusos e coletivos, e em cumprimento à previsão do artigo 5º, inciso II, alínea “c”, incisos IV e VI e § 2º, e artigo 6º, inciso XIV, alínea “b” e § 2º, todos da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), de forma inédita, a Lei nº 8.884/1994 previu a atuação do Ministério Público junto ao CADE e, tratando-se de autarquia federal, a previsão de atuação é de o representante advir do Ministério Público Federal, sendo com isso o representante do Ministério Público Brasileiro perante o Tribunal Administrativo.

Dentre as autarquias federais brasileiras, o CADE é o único que conta com a atuação do Ministério Público na condição de *custos juris*, como fiscal da correta aplicação da lei, o que está em consonância com a condição do CADE de *entidade julgante* (artigo 4º da Lei nº 12.529/2011). Na condição de órgão do CADE, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é *órgão julgante*, exercendo o seu Presidente e os Conselheiros funções de juiz, tanto que sujeitos às restrições e aos impedimentos próprios dos magistrados.

Incumbe ao Tribunal Administrativo zelar pela observância da Lei nº 12.529/2011, sendo um tribunal independente, cujas decisões sequer comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, além de serem de execução imediata, se necessário pela via judicial promovida pela Procuradoria Federal junto ao CADE (artigo 15, inciso III), além de imediatamente comunicada a decisão ao Ministério Público para as demais medidas legais cabíveis, no âmbito de suas atribuições (artigo 9º, § 2º).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico — OCDE fixou na revisão pelos pares (*peer review*) do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, em 2010, que “o papel do Ministério Público Federal é, principalmente, o de ser uma voz independente dentro da agência, representando o interesse público” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2010, p. 43).

O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF), designa um membro para

atuar perante o CADE. O parecer da própria Procuradoria do CADE (ProCade), que executa o papel de consultoria e assessoramento jurídico (artigo 15), não substitui a necessidade de intervenção do Ministério Público nos procedimentos sujeitos à apreciação do CADE (ALVES, 2004, p. 20).

Na previsão original da Lei nº 8.884/1994, a atribuição do Ministério Público era: *a)* oficial nos processos sujeitos à apreciação do CADE (artigo 12, *caput*); *b)* promover a “execução de seus julgados ou do compromisso de cessação” (de forma supletiva – artigo 12, parágrafo único, 1ª parte); e *c)* adotar as medidas judiciais necessárias para proteção da “Ordem Econômica e Financeira” (artigo 12, parágrafo único, 2ª parte).

Na redação do artigo 20 da atual Lei nº 12.529/2011, o representante do MPF no CADE emitirá parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à Ordem Econômica (processos de conduta anticoncorrencial), diversamente da Lei nº 8.884/1994. Essa alteração foi considerada por alguns como redutora do escopo da atuação do MPF na disposição anterior, que não fazia restrição sobre processos sujeitos à apreciação do CADE (TAUFICK, 2012, p. 122), até como excludente da sua atribuição para atuar em atos de concentração junto ao CADE (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 205). Outros juristas, apesar das mudanças na redação da previsão legal, viram a mudança com capacidade de compatibilizar as funções do Ministério Público com os objetivos e as tarefas desempenhadas pelas entidades componentes do SBDC (MARRARA, 2015, p. 65).

A aparente mudança foi logo definida em deliberação conjunta do CADE e MPF, objetivando garantir que o Representante do MPF junto ao CADE possa melhor desempenhar o seu mister, sobretudo no que se refere à sua atividade enquanto fiscal da Lei nº 12.259/2011, resultando na Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016 que especificou de forma mais precisa as prerrogativas ou instrumentos de atuação do *Parquet*.

Nos termos do artigo 2º da Resolução Conjunta, o representante do MPF junto ao CADE exerce função essencial à política administrativa mantida pela União de defesa e proteção da concorrência, cabendo-lhe atuar: a) no controle das condutas anticoncorrenciais; b) na prevenção da concentração de mercado; e c) na contribuição com soluções eficientes e equitativas na promoção da concorrência (BRASIL, 2016).

As atribuições elencadas evidenciam que a atuação do MPF junto ao CADE supera o que a letra do artigo 20 pode fazer parecer, não se limitando à elaboração de pareceres nos processos administrativos no CADE, pois o membro do MPF junto ao CADE pode, igualmente, atuar ativamente nos variados processos e procedimentos que tramitam na autarquia.

Ele se manifesta de ofício ou por provocação⁴, na qualidade de fiscal da Ordem Jurídica, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à Ordem

⁴ Embora o MPF junto ao CADE possa ser provocado a se manifestar, ele não é subordinado ao CADE, manifestando-se se assim entender cabível. O princípio da independência funcional é princípio institucional do Ministério Público, previsto no artigo 127, § 1º, da Constituição. Tal qual em qualquer outro âmbito de atuação do Ministério Público, a independência funcional é decisiva para garantir a imparcialidade e independência de sua atuação, no âmbito dos processos no CADE.

Econômica, assim como em todas as espécies de procedimentos administrativos, nos procedimentos preparatórios de inquérito administrativo e nos inquéritos administrativos⁵, instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à Ordem Econômica⁶.

Também poderá se manifestar nos atos de concentração econômica, inclusive interpor recurso ao Plenário do Tribunal contra decisão da Superintendência-Geral que aprovar ato de concentração econômica, nos termos do artigo 65, inciso I, da Lei nº 12.529/2010⁷.

Poderá propor ao Plenário do Tribunal a adoção de medida cautelar ou medida preventiva em procedimentos, inquéritos e processos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações contra a Ordem Econômica⁸, bem como requerer ao mesmo Plenário a adoção de medidas de sua competência⁹.

Ademais, o representante do MPF junto ao CADE pode representar contra agentes econômicos com vistas à instauração de procedimento preparatório, inquérito administrativo ou processo administrativo¹⁰, além de propor a produção de provas nos procedimentos, inquéritos e processos administrativos

⁵ Conforme o art. 136, inciso V, e parágrafo único, do Regimento Interno do CADE.

⁶ Conforme o art. 3º, inciso VI, da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

⁷ Conforme o art. 3º, incisos VI e VIII, da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

⁸ Conforme o art. 3º, inciso VII, da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

⁹ Conforme o art. 3º, inciso IX, da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

¹⁰ Conforme o art. 136, inciso V, do Regimento Interno do CADE.

destinados à imposição de sanções administrativas por infração à Ordem Econômica, podendo requerer as diligências que entender necessárias à apuração dos fatos¹¹.

No âmbito dos processos administrativos que tramitam perante o CADE, o Ministério Público não atua na instrução processual (de responsabilidade e competência da Superintendência-Geral), contudo é possível que a Superintendência-Geral solicite a atuação da autoridade policial ou do Ministério Público nas investigações, quando entender necessário, nos termos do art. 66, § 8º, da Lei nº 12.529/2011.

Também são concedidas audiências aos advogados e às respectivas partes no gabinete da Representação, podendo ser encaminhado ao CADE representações de supostos ilícitos concorrenciais enviadas ao representante do MPF.

A análise feita no âmbito dos pareceres apresentados pelo representante do MPF junto ao CADE são analisados aspectos processuais, incluindo preliminares e a regularidade procedimental, além do mérito propriamente dito, nos quais é apresentando o seu entendimento sobre a condenação ou não de cada representado.

Outra prerrogativa do MPF junto ao CADE é garantida pelo assento que possui no Tribunal Administrativo do CADE durante as sessões de julgamento, ao lado direito da Presidência, e pelo seu direito à sustentação oral nos processos administrativos, nos atos de concentração e nos demais procedimentos administrativos

¹¹ Conforme o art. 3º, inciso XI, da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

julgados pelo Tribunal do CADE, pois suas manifestações poderão ser feitas por escrito e/ou oralmente¹².

O Representante do MPF junto ao CADE é intimado ou cientificado pessoalmente ou pela via do processo eletrônico, sendo-lhe assegurado acesso à rede informatizada do CADE e vista dos autos nas mesmas condições que os Conselheiros do Tribunal¹³.

Pode-se dizer que a Resolução Conjunta PGR-CADE nº 01/2016 sanou omissões da Lei nº 12.529/2011 e do Regimento Interno do CADE – RICADE, instituindo uma importante rotina procedimental e de cooperação entre o MPF e o CADE¹⁴.

3 Atuação na esfera cível

Na esfera cível, a atuação é procedida pelo Ministério Público Federal (MPF), pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e pelos Ministérios Públicos dos Estados da Federação (MPEs).

Na prática investigativa, o procedimento administrativo ou o inquérito civil são os instrumentos comumente utilizados pelo *Parquet*, cuja investigação pode ser determinada de ofício ou motivada por representação, relativamente a fatos que possam configurar lesão a direitos ou interesses sujeitos à tutela do Ministério Público.

¹² Conforme o art. 3º, inciso II e § 2º, da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

¹³ Conforme o art. 3º, §§ 1º e 3º, da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

¹⁴ Para mais especificidades, veja-se LIMA, 2018, p. 18.

Trata-se de procedimento instrutório que busca apurar materialidade, autoria e circunstâncias de eventual infração à Ordem Econômica, cujo resultado, após a formação da *opinio* pelo membro do *Parquet*, pode resultar no ajuizamento de Ação Civil Pública ou Ação Coletiva respectiva, expedição de Recomendação, negociação de Termo de Ajustamento de Conduta, ou mesmo o seu arquivamento.

3.1 Ação para cessação de práticas infrativas à Ordem Econômica e a Ação de Reparação de Dano Concorrencial

Evidenciada na investigação a atuação de agente econômico em detrimento da concorrência, tanto os particulares lesados quanto o Ministério Público e demais legitimados do artigo 82 da Lei nº 8.078/1990, poderão buscar diretamente no Judiciário a cessação de práticas que constituam infração à Ordem Econômica, independentemente de decisão condenatória do Tribunal do CADE, e até mesmo da existência de Inquérito ou Processo Administrativo no âmbito da Superintendência-Geral do CADE, que na hipótese de estarem em curso, não serão suspensos em virtude do ajuizamento de ação, com fundamento no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 (primeira parte)¹⁵, cuja previsão é semelhante ao revogado artigo 29 da Lei nº 8.884/1994.

Especificamente quanto à cessação de práticas que constituam infração à Ordem Econômica, o Legislador facultou

¹⁵ “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.” (BRASIL, 2011).

ao Tribunal do CADE, e também, no âmbito cível, ao Judiciário, determinar quaisquer providências que se fizerem necessárias à eliminação dos efeitos nocivos à Ordem Econômica, inclusive a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade, tudo sem prejuízo das penas impostas (artigo 38 da Lei nº 12.529/2011), conteúdo esse semelhante à lei anterior (artigo 24 da Lei nº 8.884/1994).

Tendo em conta que o pedido de adoção de medidas de cessação pode ser formulado no bojo de ação civil pública que objetiva o cumprimento de obrigação de não fazer, o juiz poderá determinar a cessação da atividade nociva, sob pena de cominação de multa diária, quando esta for suficiente ou compatível, conforme disposto no artigo 11 da Lei de Ação Civil e Pública – LACP (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), o qual é reforçado pelo artigo 84 do Código do Direito do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), normas de aplicação subsidiária (artigo 115 da Lei nº 12.529/2011).

No ano de 2002, ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994, apesar de apenas inicialmente comunicados os fatos pelo *Parquet* para investigação à Secretaria de Direito Econômico (SDE), o MPF no Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública em face de agentes econômicos para coibir a continuidade de práticas cartelizadas e de abuso de poder econômico, a qual foi exitosa, havendo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF mantido as tutelas inibitória e antecipada e a sentença de mérito concedidas em 1ª Instância, reconhecendo a legitimidade

do MPF para pleitear a cessação das condutas anticompetitivas, para determinar aos agentes econômicos que cessassem a prática ilícita, proibindo-os de firmar novos ajustes anticompetitivos entre si, além de dissolver a associação que atuava com abuso de poder econômico e restringir a atuação de sindicato de viés corporativo e nocivo à concorrência, que era bem diversa de um sindicato regularmente constituído. Ainda de forma inédita no âmbito do Judiciário brasileiro, o TRF/4ª Região também manteve o pedido deferido ao *Parquet* para determinar a obrigatoriedade de a contratante dos serviços dos integrantes do cartel abrir o mercado cartelizado e contratar empresas novas e diversificadas, com isso abrindo o mercado para agentes econômicos que não integrassem o cartel, de modo a assegurar a efetiva competitividade¹⁶.

Ainda que a Lei Antitruste não previsse no rol das sanções ao eventual abuso do poder econômico como penalidade a abertura compulsória do mercado, mediante a determinação de contratação de serviços de agentes econômicos que não integrassem o cartel, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao entender que a atuação paralela das Autoridades Administrativas (CADE e SDE) não inibiria a intervenção do Judiciário, além de manter a tutela inibitória de cessação de atividades infringentes à Ordem Econômica, também manteve a tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública para abrir o mercado cartelizado e contratar empresas novas e diversificadas. Como a efetividade

¹⁶ TRF/4ª Região, AC nº 5080116-37.2016.4.04.7100, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, v.u., j. 4.9.2019, DEJF/TRF4 de 20.9.2019.

da prestação jurisdicional implica resultados práticos e não meras divagações acadêmicas, é possibilitada a prestação específica independentemente das multas, não estando o juiz adstrito ao rol declinado em lei, sendo com isso utilizada a cláusula de abertura do então vigente artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.884/1994 (atual artigo 38, inciso VII, da Lei nº 12.529/2011), combinado com o artigo 11 da Lei nº 7.437/1985, aos quais se agrega o artigo 84 da Lei nº 8.078/1990, de aplicação subsidiária¹⁷.

A legitimidade da atuação do *Parquet* para a defesa da concorrência através da imposição de medidas de cessação de prática anticoncorrencial ou de pedido de reparação de danos também pode ser fundamentada no artigo 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina o ajuizamento de ações de reparação de danos patrimoniais e morais causados em detrimento do consumidor, ao patrimônio público e social e, também, por infração à Ordem Econômica.

No caso de cartel em licitação, a ação visa a reparação de danos causados ao patrimônio público, além dos danos morais coletivos, cuja repercussão é extremamente negativa sobre toda a sociedade, quer relativamente ao patrimônio público, quer a credibilidade e confiança depositada nos negócios e na coisa pública¹⁸.

Outro fundamento para buscar no Judiciário a reparação de danos concorrenciais pelas práticas que constituam infração à

¹⁷ STJ, REsp nº 677.585/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 6.12.2005, DJU, Seção 1, de 13.2.2006, p. 679.

¹⁸ TJDF, AC nº 0738533222017807000, 6ª Turma, Rel. Des. Vera Andri-ghi, v.u., j. 9.6.2021, DETJDF de 7.7.2021.

Ordem Econômica é o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 (segunda parte), igualmente previsto de forma semelhante no anterior artigo 29 da Lei nº 8.884/1994.

A 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, mudando a sua orientação anterior¹⁹, passou a distinguir a pena de multa aplicada pelo CADE, de natureza sancionatória, da reparação de danos concorrenciais, de natureza reparatória e editou o Enunciado nº 33:

A imposição de penalidade por infração à Ordem Econômica pelo CADE (natureza sancionatória) não afasta a pretensão indenizatória dos prejudicados, por si ou pelos demais legitimados (art. 82 da Lei nº 8.078/1990), mediante o ajuizamento de Ação de Reparação por Danos Concorrenciais – ARDC prevista no art. 47 da Lei nº 12.529/2011 (natureza reparatória) [...] (BRASIL, 2021).²⁰

Os meios para a reparação daqueles – pessoas físicas, pessoas jurídicas ou entes públicos – que adquiriram bens, serviços ou produtos com o preço artificialmente alterado, seja de modo direto ou indireto, mas por influência da conduta anticoncorrencial, basicamente podem consistir em: a) danos materiais emergentes, sendo exemplificativos os sobre preços cobrados pela cartelização; b) danos morais coletivos, causando injusta lesão à esfera moral da comunidade, violando de forma antijurídica os conteúdos de determinado círculo de valores coletivos; c) restrições ao

¹⁹ “O Colegiado debateu a proposta de Enunciado sobre Ação de Reparação por Danos Concorrenciais, de iniciativa do Dr. Waldir Alves, por meio do Memorando nº 11/2021 (PGR-00293754/2021). Após debates, o enunciado recebeu a seguinte versão final, aprovada como o Enunciado nº 33 da 3ª Câmara.” (Ata da 8ª Sessão Ordinária de 2021, realizada em 27.10.2021) (*In* DMPF-e nº 212/2021 - extrajudicial, de 18.11.2021, p. 11-17).

²⁰ Aprovado na 8ª Sessão Ordinária de 2021, realizada em 27.10.2021.

desenvolvimento natural do mercado, como pode ocorrer na restrição ao acesso ou ao desenvolvimento de competidores; e d) afetação do bem-estar coletivo, o que pode se dar ao serem geradas dificuldades ou restrições de mercado ou ao consumo.

Nesse contexto, ao ser verificada a existência de danos concorrenciais, ressalvada a possibilidade e a capacidade de identificação pelos prejudicados individuais, a coletividade lesada apenas toma conhecimento inequívoco da ocorrência da conduta anticompetitiva por ocasião da publicização da decisão final do Plenário do Tribunal do CADE, ato no qual a Autoridade Administrativa reconhece o fato ilícito e torna público documentos e informações de acesso restrito, conforme o artigo 11 da Resolução CADE nº 21/2018²¹.

A fixação desse marco possui repercussão direta para a identificação do prazo prescricional, já havendo o STJ firmado o entendimento de que o prazo prescricional, advindo de obrigações extracontratuais, inicia-se na data em que se tiver conhecimento da violação do direito (v.g., REsp nº 1.354.348/RJ, AgRg no AREsp nº 399.077/DF, REsp nº 816.131/SP e REsp nº 346.489/RS). Nessa perspectiva, o STJ tem interpretado sua Súmula nº 278 (“*O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.*”) no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, se dá com a ciência inequívoca do ato lesivo. Essa compreensão traz uma interpretação mais ampla

²¹ Art. 11. A decisão final do Plenário do Tribunal do CADE tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no § 2º do art. 10º.

ao artigo 189 do Código Civil, de que o termo inicial do prazo prescricional não se dá no momento da violação ao direito, mas na data que a vítima tenha conhecimento do ato ou do fato do qual decorra o direito de agir, isso para não punir a vítima por omissão ou negligência que não tenha incorrido, já que não tinha conhecimento anterior do dano.

Na doutrina jurídica também é sustentada a necessidade da ciência inequívoca do ilícito para o início do curso prescricional²², tanto que a instrução processual para a investigação e o conhecimento dos ilícitos pela Autoridade Antitruste já demanda significativo tempo, fazendo com que as decisões sejam tomadas pelo Tribunal do CADE, em sua maioria, muitos anos após a prática do ilícito²³.

É instrutiva a Nota Técnica nº 24/2016/ CADE²⁴, exarada no bojo da Proposta de Resolução nº 08700.007941/2016-64,

²² Nesse sentido, Marcelo Rivera dos Santos (2015, p. 16) refere que “o termo inicial de contagem do prazo prescricional em casos de apuração da conduta anticompetitiva pelo CADE é contado a partir da ciência inequívoca do ilícito, caracterizado pela publicização do julgamento pelo Tribunal do Conselho.”

²³ A justificativa desse entendimento pode ser bem compreendida em obra do ex-Conselheiro do Tribunal do CADE, Maurício Oscar Bandeira Maia (2021, p. 122), o qual esclarece que “*deve-se ter em conta que, na maioria dos casos analisados, os prejudicados pela conduta anticompetitiva do cartel apenas tomaram conhecimento efetivo do ilícito após a decisão final do CADE. E sobre esta decisão administrativa, as estatísticas demonstram que a instrução processual para a investigação e o conhecimento dos ilícitos demanda algum tempo, fazendo com que as decisões sejam tomadas, em sua maioria, muitos anos após a prática do ilícito.*”

²⁴ Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE: *Estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de Acordos de Leniência e de*

contendo Estudo realizado pelo CADE sobre o tema, onde são analisadas outras jurisdições, como da Alemanha, na qual a decisão final do *Bundeskartellamt* serve como evidência *prima facie* para os tribunais alemães, assim como ocorre na União Europeia, Reino Unido, Holanda, Austrália e Canadá, onde a decisão da autoridade da concorrência constitui evidência *prima facie* do ilícito, devendo o lesado apenas demonstrar o dano e o nexo causal.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 283, de 2016, que acrescenta o artigo 46-A à Lei nº 12.529/2011 (*Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE.*), estabelecendo uma hipótese de causa suspensiva da prescrição para a propositura da Ação de Reparação por Danos Concorrenciais, justamente para evitar a perda do direito de ação que não mais possa ser exercida (prescrição), afinal, informações consideradas essenciais para a configuração do ilícito somente serão tornadas públicas após a decisão final do Plenário do

Termos de Compromisso de Cessação de (TCC) no Brasil. A sugestão do Estudo foi de adotarmos o mesmo entendimento no Brasil: “172. Finalmente, sugere-se que o juiz cível possa utilizar a decisão condenatória do Plenário do Tribunal do Cade como título executivo extrajudicial e prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, de forma a facilitar o ajuizamento das ações civis do tipo ‘follow-on’. Assim, restaria às partes potencialmente lesadas provar apenas o quantum do dano e o nexo causal, tal como ocorre em quase todas as jurisdições analisadas (União Europeia, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canadá). Em que pese tal proposta, ações autônomas continuariam a ser ajuizadas concomitantemente à investigação do Cade, independentemente do Inquérito ou Processo Administrativo, nos termos do próprio caput do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011.”

Tribunal do CADE, conforme previsto no já referido artigo 11 da Resolução CADE nº 21/2018, impedindo que o particular tenha acesso ao acervo probatório indispensável para subsidiar o *enforcement* privado.

O reconhecimento do dever de indenizar em razão da comprovação de dano concorrencial já foi reconhecida pelo TRF/3ª Região ao decidir que, apesar de surtir efeitos administrativos junto ao Órgão de Controle da Concorrência (CADE), o cumprimento das condicionantes do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) pelos agentes econômicos não eximia, no caso concreto analisado, o dever de reparar o prejuízo advindo ao mercado de fertilizantes em razão da conduta anticoncorrencial. O dano à competição teve sua base de cálculo assentada no montante auferido tanto pelas empresas componentes de “holding”, integrantes do pacto anticompetitivo, a partir da celebração de cada contrato de fornecimento individualmente firmado, até a celebração do TCC²⁵.

3.2 Atividade de *custos legis*

Tema a ser considerado é a intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis*, em processos judiciais nos quais se discuta a aplicação da Lei nº 12.529/2011, o que aponta ser impositivo tanto na Justiça Estadual, se lá estiver sendo analisada a incidência da referida lei e a infração à Ordem Econômica, bem como no âmbito da Justiça Federal, quer por aplicação da Lei

²⁵ TRF/3ª Região. ACP nº 0051034-04.1995.4.03.6100/SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, v.u., j. 25.5.2015, DEJF/TRF3 de 12.6.2015.

Antitruste ou nos processos nos quais o CADE seja parte, pois nesses casos e nessa condição a função do *Parquet* é fiscalizar o processo judicial para a correta aplicação da Constituição e das normas infraconstitucionais (MACHADO, 1998, p. 280), viabilizando a prevalência dos interesses indisponíveis da sociedade.

O artigo 118 da Lei nº 12.529/2011 determina a intimação do CADE nos processos judiciais em que se discuta a aplicação dessa lei²⁶, o que na mesma linha de raciocínio deve ser aplicado ao Ministério Público, que atuará na condição de interveniente especial, motivado pela imparcialidade e apenas comprometido com a defesa da Ordem Econômica, além de fiscalizar os direitos tutelados dos consumidores e os interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis²⁷.

A atuação do Ministério Público será na condição de fiscal da lei, nos moldes da previsão do interesse público ou social

²⁶ A intervenção do CADE se dá na qualidade de assistente (artigo 118), como terceiro interessado juridicamente na solução da questão, diante das atribuições que lhe foram conferidas pela Lei nº 12.529/2011, que também poderá atuar como assistente litisconsorcial, quando a decisão possa repercutir na esfera de atuação do próprio CADE.

²⁷ “Nos processos em que o Ministério Público ingressa como puro fiscal da ordem jurídica nacional ele é um *interveniente* – sendo lembrado que toda intervenção se caracteriza como ingresso em processo pendente entre outros sujeitos, fazendo-se parte (parte secundária – *supra*, n. 680). Mas nesses casos ele é um *interveniente especial*, que não se enquadra em qualquer das figuras interventivas ordinariamente indicadas pela doutrina e configuradas pela lei (*supra*, n. 683) – uma vez que nada pede para si nem para sua Instituição ou para outros sujeitos ou grupos, nem acrescenta pedido algum ou qualquer fundamento novo em prol de quem quer que seja, nem atua com o objetivo de ajudar algum dos litigantes. O regime processual de sua atuação é aquele endereçado ao Ministério Público em geral, sendo muito poucas as disposições especiais a seu respeito (CPC, art. 179, inc. I-II).” (DINAMARCO, 2019, v. 2, p. 502).

(artigo 178, inciso I, do CPC), em virtude da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei nº 12.529/2011.

Também por tratar-se de matéria afeta as atribuições do MPF (artigo 6º, inciso XIV, alínea “b”, da LC nº 75/1993), além disso, sendo hipótese de haver atuado nos procedimentos do CADE nos moldes do artigo 20 da Lei nº 12.529/2011, haverá a necessidade de continuar no âmbito judicial a atividade fiscalizatória exercida no âmbito administrativo.

No âmbito do MPF, a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, que trata das matérias de Ordem Econômica e Consumidor, tem se preocupado com a essa atuação em processos administrativos e judiciais na repressão às infrações contra a Ordem Econômica, havendo editado o Enunciado nº 16:

Constitui *múnus* do Ministério Público Federal atuar em processos administrativos e judiciais na repressão às infrações contra a ordem econômica e zelar pela observância por parte dos agentes econômicos dos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor e dos direitos e interesses tutelados pela Lei 12.529/11. (BRASIL, 2016).²⁸

Afirmção assemelhada seria oportuna e importante se fosse reafirmada pelos Órgãos de Cúpula de cada Ministério Público, a fim de ressaltar a importância dessa atuação.

Ato contínuo, para não restar dúvida quanto à atuação do MPF em nível nacional nos processos que o CADE integre a ação judicial, estando em causa matéria relativa ao Direito da

²⁸ Aprovado na 1ª Sessão Ordinária de 2016, realizada em 10.3.2016. Convalidado na 9ª Sessão Ordinária de 2021, realizada em 23.11.2021.

Concorrência, a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão também aprovou o Enunciado nº 17:

Dado que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 12.529/11, o Ministério Público Federal deverá officiar como custos legis nos processos em que o CADE figure no polo ativo ou passivo da ação, como recorrente ou recorrido, nos quais esteja em causa matéria relativa ao direito da concorrência. (BRASIL, 2016).²⁹

Nessa perspectiva, mostra-se necessária a intervenção do Ministério Público nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei nº 12.529/2011 e nos quais o CADE seja parte, em especial para velar pela defesa da Ordem Econômica, além de fiscalizar os direitos tutelados dos consumidores e os interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

4 Atuação na esfera penal

Na esfera penal, a atuação é igualmente do Ministério Público Federal (MPF), do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e dos Ministérios Públicos dos Estados da Federação (MPes).

A configuração do sistema normativo brasileiro é de independência das esferas, a partir da qual não se reconhece a existência de *bis in idem* na hipótese de haver concorrência punitiva nas Esferas do Direito Concorrencial, do Direito Penal ou do Direito Civil, assim como entre os diversos órgãos administrativos sancionadores. Aliás, essa ressalva está contida no artigo 35 da Lei 12.529/2011, o qual

²⁹ Aprovado na 1ª Sessão Ordinária de 2016, realizada em 10.3.2016. Convalidado na 9ª Sessão Ordinária de 2021, realizada em 23.11.2021.

prevê que “*a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei*” (BRASIL, 2011).

4.1 Ação Penal Pública

O cartel constitui infração administrativa contra a Ordem Econômica, nos termos do artigo 36, *caput* e incisos I a IV combinado com o § 3º, inciso I, alíneas “a” a “d”, da Lei nº 12.529/2011.

A prática de cartel também constitui crime contra a Ordem Econômica, prevista no artigo 4º, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.137/1990.

Sendo o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição), cabe a ele a atuação para buscar responsabilização criminal dos responsáveis pela prática do crime de cartel.

É possível a tramitação conjunta de processos em diferentes esferas de responsabilização, sendo sequer necessário aguardar o desfecho da ação penal para apuração dos mesmos fatos na esfera administrativa³⁰.

A importância da análise e identificação da conduta, a fim de aferir se ela também é tipificada criminalmente, repercute diretamente no prazo prescricional da Instância Administrativa.

Para que o prazo prescricional da lei penal também seja aplicado na esfera administrativa, basta que a infração administrativa a ser analisada também constitua crime, não sendo

³⁰ STF, MS nº 33.860/DF. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 7.12.2015, Dje-STF de 10.12.2015.

necessário que um procedimento criminal tenha sido instaurado, pois além de flexibilizar a forma de contagem do prazo, também geraria instabilidade nas investigações prejudicando a segurança jurídica dos administrados. Além disso, entendimento em contrário afetaria a independência das esferas, vinculando a investigação administrativa à penal, bem como às suas repercussões, retirando da esfera administrativa a sua prerrogativa de persecução.

A questão foi consolidada no STJ, que no REsp nº 1.871.758/PR³¹, julgado em 5 de maio de 2022, reafirmou o entendimento daquele tribunal de que é desnecessária a instauração de investigação criminal e, muito menos, ser exigida a apresentação de Denúncia e instaurada Ação Penal para aplicar o prazo prescricional duodecimal no caso de cartel.

4.2 Acordo de Leniência e Acordo de Não Persecução Penal

Considerando que o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública, e que o signatário de acordo de leniência pode se beneficiar da extinção da pretensão punitiva estatal em relação aos crimes contra a Ordem Econômica e eventuais crimes conexos (artigo 87 da Lei nº 12.529/2011), o CADE adota como praxe, em tais procedimentos, a participação do Ministério Público na condição de detentor da atribuição criminal correlata enquanto interveniente-anuente, embora tal prática não esteja prevista na Lei nº 12.529/2011. O representante do MPF junto ao CADE não tem participado da assinatura e da negociação dos acordos, o que é

³¹ STJ, REsp nº 1.871.758/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. 3.5.2022, DJe-STJ de 5.5.2022.

feito diretamente pelo Promotor Natural no âmbito da investigação do ilícito criminal.

O Acordo de Leniência é instrumento que cabe somente ao primeiro participante da conduta que se reportar à Autoridade Antitruste para colaborar, podendo angariar benefícios da imunidade total ou parcial tanto na esfera administrativa quanto criminal. Tratando-se de infrator que não foi o primeiro a se reportar à Autoridade, contudo a contribuição pode desdobrar novas investigações relacionadas a fatos não conhecidos pela Superintendência-Geral do CADE (v.g., cartel em outro elo da cadeia produtiva), poderá ser celebrada a denominada leniência *plus*, proporcionando os benefícios penais e pecuniários em relação aos novos fatos reportados, e redução da multa aplicável aos fatos anteriores.

Em 2003 foi celebrado o primeiro Acordo de Leniência pelo CADE (Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10), relativo ao Cartel dos Vigilantes, em parceria com o Ministério Público no Estado do Rio Grande do Sul, a partir do qual diversas empresas e entidades de classe foram condenadas por combinarem ganhadores de licitações. Portanto, predar novas empresas que tentassem desestabilizar o acordo. As evidências foram reunidas por meio da assinatura de Acordo de Leniência com uma das empresas participantes do cartel, bem como por gravações telefônicas e diligências de busca e apreensão³².

³² O Conselheiro Relator Abraham Sicsú assim descreveu a dinâmica do cartel: “*Havia reuniões todas as segundas-feiras na sede do sindicato, ocasião em que todas as empresas levavam os editais das licitações a ocorrer*”

Ao MPF junto ao CADE são asseguradas a intimação e a certificação da celebração de acordo de leniência pela Superintendência-Geral³³, e embora não participe diretamente da celebração dos acordos de leniência, opina sobre o cumprimento da integralidade dos termos do acordo anteriormente ao julgamento do processo pelo Tribunal do CADE (artigo 86, § 4º, da Lei nº 12.529/2011).

Com base em julgamentos recentes, é possível extrair a relevância da manifestação do MPF junto ao CADE na tomada de decisão do Tribunal acerca do cumprimento do acordo de leniência. É exemplificativo o Processo nº 08700.003246/2017-12, no qual houve debate entre os Conselheiros a partir da manifestação do MPF relativamente ao entendimento da Superintendência-Geral.

O MPF³⁴ junto ao CADE se manifestou no sentido de não ter havido o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelas

durante a semana, quando era decidido quem venceria e qual preço seria dado na licitação. A troca de propostas também se realizava por e-mails e envelopes trocados entre as empresas nas semanas que antecediam as licitações. Nessas reuniões também eram decididos casos especiais, como a definição de subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação de exigência de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para participar de licitações. Era o Certificado Severgs, documento usado como instrumento de coação à participação no cartel (fl. 5759; 5761).” (PA nº 08012.001826/2003-10).

³³ Conforme o artigo 5º da Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1/2016.

³⁴ “O representante do Ministério Público Federal, Waldir Alves, apresentou manifestação reiterando as conclusões do parecer ministerial anteriormente lançado no processo” (174ª Sessão Ordinária, de 31.3.2021). “Na presente sessão o representante do Ministério Público Federal, Waldir Alves, fez uso da palavra para esclarecer a posição do MPF acerca do caso concreto, pela reiteração da decisão da Superintendência-Geral de não instauração de processo administrativo, diante da insubsistência de indícios de infração

signatárias do Acordo de Leniência, destacando que a decisão de arquivamento do Inquérito Administrativo pela Superintendência-Geral do CADE se baseou no artigo 13, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011, combinado com o artigo 141 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE, ou seja, na “insubsistência dos indícios”, revelando a ausência de material probatório, e que a insuficiência de provas não gera coisa julgada material, sendo possível a reabertura das investigações acaso surjam novas provas e elementos de convicção.

No debate estabelecido na deliberação sobre o caso, o Conselheiro Relator entendeu que foi descumprido o Acordo de Leniência, diante da “inexistência dos resultados previstos nos incisos I e II do *caput* do artigo 86 da Lei nº 12.529/2011”³⁵, além de descumprida Cláusula específica do acordo. No entanto, o voto divergente homologou o Acordo de Leniência, no que foi acompanhado pela maioria do Tribunal, porém houve outro voto reconhecendo a impossibilidade de declaração de cumprimento de Acordo de Leniência quando o material fornecido pelo leniente não propiciou a realização de medidas investigativas eficazes, como o requerimento de medida cautelar ou busca e apreensão, tratando-se de material imprestável à investigação, por isso não estaria cumprido o acordo³⁶.

da ordem econômica e que, no toca ao processo em análise, não houve o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelas signatárias do acordo celebrado com o Cade...” (175ª Sessão Ordinária, de 14.4.2021).

³⁵ 174ª Sessão Ordinária, de 31.3.2021.

³⁶ 175ª Sessão Ordinária, de 14.4.2021.

Em casos como o acima, abre-se o espaço para o debate acerca do controle da eficácia dos acordos de leniência pelo Tribunal do CADE, e dos critérios objetivos que orbitam os conceitos de efetividade da colaboração e do resultado útil do processo tal qual previsto pela norma (ALVES; VICCARI, 2021, p. 48).

Relativamente ao Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, inicialmente previsto na Resolução CNJ nº 181/2017, posteriormente foi inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal após a aprovação do Pacote Anticrime com a Lei nº 13.964/2019, é instrumento aplicável aos casos de infração penal que ocorram sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos – já consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena.

Diante da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, é analisado o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, cujas exigências do artigo 28-A, *caput*, do CPP, são a confissão formal e circunstancial, que a infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, além de a medida ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Estando ausentes os requisitos legais objetivos ou subjetivos necessários à celebração do acordo, como seria o caso de não serem atendidos os critérios de necessidade e suficiência da medida no caso concreto (v.g., personalidade voltada ao crime e má conduta social, possuindo conduta criminal habitual, estaria presente o óbice previsto no art.

28-A, § 2º, inciso II, do CPP), pode haver a recusa fundamentada do oferecimento da proposta de acordo pelo Ministério Público.

Como já decidido pelo STF, o acusado não possui direito subjetivo ao ANPP, pois o artigo 28-A do CPP ao referir que “poderá” ser proposto o acordo, não obriga o *Paquet* nem garante ao acusado direito subjetivo em vê-lo realizado, com o que “permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição”³⁷.

No âmbito do CADE, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) celebrado pelo CADE, por si só, não tem capacidade de produzir efeito de imunidade criminal ao signatário, não podendo ter o mesmo conjunto de benefícios previstos para os signatários do acordo de leniência (BOTTINI; SOUZA, 2013), mas basicamente a redução da multa aplicável, a ser negociada com a Autoridade Antitruste.

A assimetria de benefícios entre o TCC e o Acordo de Leniência não dá ao signatário no TCC o benefício da imunidade criminal, o que pode levar ao questionamento sobre a efetiva vantagem da submissão ao TCC se permanece a responsabilidade penal após a confissão do ilícito administrativamente, se a conduta também é tipificada como crime.

Interessante a análise de investigação de conduta anticompetitiva iniciada pelo Ministério Público no Estado do Rio Grande do Sul (MP/RS), através de depoimentos e interceptações

³⁷ STF, HC nº 191.124-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, v.u., j. 8.4.2021, Dje-STF de 12.4.2021.

telefônicas, que compartilhou com o CADE a investigação, após autorização judicial. Na Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE) foi instaurado em 2017 Inquérito Administrativo, para apuração de infrações à Ordem Econômica, diante dos indícios de cartel de compra de resíduos animais em abatedouros e frigoríficos por empresas de graxarias e transportadoras de carga, sendo expedidos mandados de busca e apreensão nos Autos Penais nº 17/2.16.0000727-0, cumpridos nas sedes de agentes econômicos investigados, que contou com o apoio técnico do CADE.

As informações apontaram conluio, havido entre representantes das graxarias e as transportadoras de carga, nos anos 2009 a 2018, com a finalidade de dividir entre si os pontos de coleta dos resíduos em abatedouros e frigoríficos, através de troca de informações sensíveis, condutas tipificadas no artigo 36, § 3º, inciso I, da Lei nº 12.529/2011.

A partir da possibilidade de cooperação técnica entre o CADE e o Ministério Público, foi analisada a possibilidade de o investigado, que pretendia celebrar Termo de Compromisso de Cessação – TCC, buscar um instrumento paralelo para obter a extinção da punibilidade criminal, sem que isso prejudicasse a estrutura de incentivos desenhada para os acordos do CADE, no que foi construída a possibilidade de ser ofertado ANPP pelo *Parquet*.

Assim, em 30 de junho de 2021, o Tribunal do CADE homologou quatro TCCs, nos quais pessoas físicas e jurídicas firmaram acordo com o CADE, reconhecendo sua participação em cartel, e se comprometendo a cessar a prática ilícita, bem como a

colaborarem com a investigação, além de se comprometerem a pagar contribuição pecuniária no valor total aproximado de R\$ 18,7 milhões, destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD (artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

Durante a negociação, estando em curso investigação na *Parquet* sobre os mesmos fatos, o MP/RS também negociou os ANPPs com os investigados, cujos signatários dos TCCs na SG/CADE se comprometeram nos ANPPs a prestar serviços à comunidade e a pagarem o valor aproximado de R\$ 5,9 milhões, a título de prestação pecuniária pela prática do crime de cartel, os quais foram destinados, dentre outras instituições, a hospitais para o combate à Covid-19 (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

A aprovação dos TCCs pelo Tribunal do CADE possibilitou ao Ministério Público oferecer os ANPPs para homologação judicial, o que foi efetivado e deferido na sequência do julgamento.

Em completa sintonia com o trabalho realizado pela SG/CADE e pelo MP/RS, durante a sessão de julgamento o MPF junto ao Tribunal do CADE sustentou a aprovação da solução, na perspectiva da efetividade da aplicação da legislação antitruste no inédito modelo de concomitante celebração de TCC e ANPP, o que foi decisiva e definitivamente aprovado pela maioria dos Conselheiros do Tribunal do CADE.

A negociação conjunta dos acordos representou mais um passo importante para o fortalecimento da cooperação interinstitucional e contribuiu de forma efetiva para a atuação

repressiva e preventiva de combate a cartéis (SOUZA; POSSAMAI; ALVES, 2022, p. 122).

5 Atuação cooperada e coordenada no combate a cartéis

As investigações relacionadas aos cartéis podem ocorrer de forma concomitante, ou não, separadamente ou em colaboração entre as autoridades competentes.

Como forma de otimizar as investigações nos diversos âmbitos de atuação, as autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais e as Autoridades Policiais têm atuado de forma conjunta, especialmente por meio de acordos de cooperação. Oportuno anotar que as primeiras condenações por cartel feitas pelo CADE com provas diretas foram baseadas em investigações independentes conduzidas pelos Ministérios Públicos (MARTINEZ, 2013, p. 243).

Com a troca de informações e documentos e o envio de denúncias e representações entre as autoridades competentes, é promovida a concomitante persecução administrativa e penal.

Atualmente o CADE possui acordos de cooperação firmados com o MPF e com todos os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal³⁸, além de outras autoridades

³⁸ Entre 2020 e 2021, o CADE firmou Acordos de Cooperação Técnica com todos os 26 Ministérios Públicos Estaduais, além de acordos de cooperação com o Ministério Público Federal, com o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Os acordos de cooperação possuem importante papel no aprimoramento de investigações que reúnem questões de antitruste e combate à corrupção, tendo facilitado a cooperação entre CADE e Ministério Público em casos mais complexos (v.g., Operação Lava Jato).

nacionais e internacionais. Essas iniciativas têm facilitado a cooperação entre CADE e Ministério Público tanto na fase investigativa como na processual.

A última iniciativa para ampliar a atuação cooperada, foi recentemente promovida de modo amplo por várias Autoridades brasileiras³⁹, integradas entre si, na perspectiva de uma atuação não só cooperada, mas também coordenada, que em 9 de agosto de 2022 assinaram a “Declaração de Brasília 2022”⁴⁰, na qual estabeleceram uma Frente Nacional de Combate a Cartéis (FNCC), assumindo o compromisso de: a) desenvolver mecanismos e instrumentos mais sólidos e capazes de aperfeiçoar as investigações pelas Instituições, já iniciado com a celebração de Acordos de Cooperação Técnica entre o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência

³⁹ A assinatura ocorreu durante o Seminário “*A Cooperação na Investigação e no Combate aos Cartéis*”, realizado em Brasília/DF, nos dias 9 e 10 de agosto de 2022, na Escola Superior do Ministério Público União (ESMPU) e no CADE. Evento realizado pela ESMPU (Diretor-Geral, Alcides Martins) e CADE (Presidente, Alexandre Cordeiro Macedo), idealizado e Orientado Pedagogicamente pelo Representante do MPF junto ao CADE (Procurador Regional da República, Waldir Alves), contando com o apoio da PGR (Procurador Geral da República, Antônio Augusto Brandão de Aras), CNPG (Presidente, Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti), GNCOC (Presidente, Mário Luiz Sarrubbo), MPDFT (Procuradora-Geral, Fabiana Costa de Oliveira Barreto), 2^aCCR/MPF (Coordenador, Carlos Frederico Santos), 3^aCCR/MPF (Coordenador, Luiz Augusto Santos Lima), SG/CADE (Superintendente-Geral, Alexandre Barreto de Souza) e ProCade (Procuradora-Geral, Juliana Oliveira Domingues).

⁴⁰ O importante documento foi subscrito em 9 de agosto pelo Procurador Geral da República (Antônio Augusto Brandão de Aras), pelo Presidente do CADE (Alexandre Cordeiro Macedo), pelo Superintendente-Geral do CADE (Alexandre Barreto de Souza), pela Presidente do CNPG (Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti) e pelo Presidente do GNCOC (Mário Luiz Sarrubbo).

(CADE) e o Ministério Público Federal (MPF) e os Ministérios Públicos Estaduais de todo o País; *b*) desenvolver uma base de julgados administrativos do CADE e de julgados das Justiças Federal e Estadual nas áreas penal e cível, para facilitar o conhecimento dos precedentes sobre o Direito Concorrencial; *c*) ampliar a interlocução entre as autoridades a fim de integrar as Instituições nas investigações e persecuções futuras; *d*) desenvolver uma base para o acompanhamento processual dos feitos administrativos e judiciais decorrentes de uma atuação integrada, ou que decorram de solicitação de atuação por uma das Instituições; e *e*) desenvolver um plano coordenado e sistemático de atividades entre as Instituições responsáveis pela investigação e repressão às infrações contra a Ordem Econômica, cuja reunião anual para a discussão de metas e avaliação dos resultados dessa estratégia nacional poderá se dar no âmbito da reunião anual do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC).

Trata-se de compromisso assumido pela Direção das Instituições, no qual são depositadas expectativas para a obtenção de resultados positivos na atuação organizada, onde cada Instituição desempenha as atribuições que lhe sejam próprias, munida das expertises adquiridas na sua longa atuação, conjugando esforços e recursos materiais e humanos, integrando a vocação distinta de cada Órgão.

6 Considerações finais

A atuação do Ministério Público na defesa da concorrência e do consumidor assume especial relevo diante das novas relações estabelecidas num mercado praticamente sem fronteiras, interconectado com novos produtos e com novos sistemas de atuação, cuja rapidez das relações negociais demanda expertises inovadoras, e antes não imaginadas. Essa nova realidade exige do Ministério Público dinamismo e agilidade suficientes a enfrentar os desafios dos novos modelos de mercado e de consumo e, portanto, da concorrência e do consumidor.

A possibilidade de atuação integrada nas esferas administrativa, cível e penal ganha especial dinamismo através da atuação cooperada e coordenada no combate aos cartéis, quando as diversas autoridades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), dos Ministérios Públicos Federal, do Distrito Federal e dos Estados, das Autoridades Policiais e bem assim de outras autoridades nacionais e internacionais que passam a atuar de forma conjunta, especialmente por meio de acordos de cooperação técnica, os quais permitem a troca de experiências e informações entre as autoridades competentes.

Uma atuação eficiente do Estado para a prevenção e combate aos ilícitos depende de um elevado grau de cooperação e interação entre as diversas Instituições responsáveis pela efetivação dessa atuação, aprimorando os procedimentos de investigação e persecução, na perspectiva de buscarem, na medida do possível e

observadas suas autonomias, uma atuação não só cooperada, mas também coordenada.

Title: The Public Prosecutor's Office in the defense of competition and the consumer

Abstract: The article addresses issues related to the role played by the Public Prosecutor's Office in the defense of competition and the consumer, in the administrative sphere before Administrative Council for Economic Defense, and in the civil and criminal spheres before the Judiciary, whose collectivity is the owner of the assets protected by Law nº 12.529/2011. When acting in the Brazilian System for the Defense of Competition, the legitimacy of the Public Prosecutor's Office specifically provided for by law, identifies the essentiality of its performance, but presents the challenge of constant updating, observing the limits of this action.

Keywords: Public Prosecutor's Office. Defense of competition and the consumer. Administrative, civil and criminal spheres. CADE Administrative Court.

Referências

ALVES, Waldir. Atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE e nos processos cíveis e penais de infração contra a ordem econômica e as relações de consumo. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, DF, v. 4, n. 4, p. 15-31, out./dez. 2004.

ALVES, Waldir; VICCARI, Natalie Giacomazzi. A efetividade da colaboração e o resultado útil do processo nos acordos de leniência antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 27-50, dez. 2021.

BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglez de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do IBRAC– Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 20, n. 23, p. 117-139, jan./jun. 2013.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 8 set. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República; BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Resolução Conjunta CADE/PGR nº 1, de 30 de setembro de 2016*. Estabelece as condições para o exercício das funções do representante do Ministério Público Federal junto ao CADE [...]. Brasília, DF: MPF: MJ, 2016. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolucao_Conjunta_PGR_CADE_n_1.pdf. Acesso em: 8 set. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Enunciados. Enunciado nº 33*. Brasília, DF: MPF, 2021. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/sesoes/enunciados-1/enunciado-no-33>. Acesso em: 8 set. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Enunciados. *Enunciado nº 16. Enunciado nº 17*. Brasília, DF: MPF, 2016. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/sessoes/enunciados-1/enunciado_16_17. Acesso em: 8 set. 2022.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. 2.

LIMA, Márcio Barra. A atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 5-23, maio 2018.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAIA, Maurício Oscar Bandeira. *Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. [S. l.]: OCDE: BID, 2010. 86, 96 p. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022. Título original: Competition law and policy in Brazil: a peer review.

RIO GRANDE DO SUL (RS). Ministério Público. *MPRS firma acordo de não persecução penal de R\$ 5,9 milhões em investigação de prática de crime de cartel*. Rio Grande do Sul, RS: MPRS, 16 set. 2021. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/53461/>. Acesso em: 12 set. 2022.

SANTOS, Marcelo Rivera dos. Ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 133-160, maio 2015.

SOUZA, Alexandre Barreto de; POSSAMAI, Raquel Mazzuco Sant'Ana; ALVES, Waldir. Possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário dos termos de compromisso de cessação de conduta no CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 109-125, jun. 2022.

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; São Paulo: Método, 2012.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALVES, Waldir. O Ministério Público na defesa da concorrência e do consumidor. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 12, p. 177-220, 2022. Anual.
