

# O papel do Ministério Público na política da concorrência<sup>1</sup>

*Antonio Fonseca<sup>2</sup>*

Sumário: 1. Introdução. 2. Esfera judicial. 2.1. Execução dos julgados do CADE ou dos compromissos perante ele assumidos. 2.2. Defesa judicial da concorrência: impugnação das decisões da SDE e do CADE. 2.3. Ação Civil Pública por infração da ordem econômica. 2.4. Promoção de responsabilidade administrativa. 2.5. Ação de declaração de inconstitucionalidade. 3. Esfera administrativa. 3.1. Representação do MPF junto ao CADE. 3.2. As atribuições da Procuradoria do CADE e o ofício do MPF. 3.3. Experiência do MP na aplicação da Lei nº 8.884/94. 3.4. Investigações realizadas pela SDE/MJ. 3.5. Investigação autônoma (inquérito civil). 3.6. Investigação dos crimes contra a concorrência. 4. Esfera promocional. 4.1. Difusão da cultura da concorrência. 4.2. Desenvolvimento do direito da concorrência. 4.3. Expedição de recomendações às autoridades. 4.4. Controle processual: assistência técnica. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

O mercado interno integra o patrimônio nacional, espécie de patrimônio público. A proteção desse patrimônio é um serviço de relevância pública, o qual pugna pela observância da livre concorrência como postulado da ordem econômica. O Ministério Público tem a função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública e observância dos princípios constitucionais aplicados à atividade econômica, bem como de promover as ações necessárias para proteção do patrimônio público. Isso define a participação do Ministério Público, em juízo ou fora dele, como órgão de estado na defesa do

1 O título original "O papel do Ministério Público em face da política da concorrência - visão institucional" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.

2 Mestre e Doutor em Direito, Procurador Regional da República e Advogado licenciado, Conselheiro do CADE.

consumidor e da concorrência<sup>3</sup>. O presente relatório visa estabelecer um questionamento sobre esse papel e as perspectivas de atuação do *Parquet* nas diversas fainas, de modo a maximizar os resultados da aplicação e desenvolvimento do direito.

## 2. Esfera judicial

### 2.1 Execução dos julgados do CADE ou dos compromissos perante ele assumidos

O parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.884 estabelece uma atribuição. Segundo o parágrafo 5º do art. 128 da CF, as atribuições do MP são estabelecidas por via de lei complementar. A LC 35/93 estabelece (a) que lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição e pela mesma Lei Complementar (art. 5º, § 5º); (b) que cabe ao MPU promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais em defesa da ordem econômica (art. 6º, inc. XIV, letra "b"); e (c) que a lei regulará os procedimentos da atuação do MP necessários à preservação dos serviços de relevância pública e, de conseqüência, para defesa dos direitos constitucionais do cidadão (artigos 11 e 16). O primeiro dispositivo seria inconstitucional? Independentemente dele, qual o papel do MPF na promoção da execução dos julgados do CADE?

### 2.2 Defesa judicial da concorrência: impugnação das decisões da SDE e do CADE

A ordem jurídica da concorrência é um valor ou bem do qual a sociedade é titular. Isso qualifica um interesse público que motiva a atuação dos órgãos de defesa da concorrência. O MP também é guardião desse interesse público. Curioso é que em nome desse interesse público as agências freqüentemente divergem. O particular pode recorrer de uma medida preventiva da SDE, se julgar lesado. Numa situação inversa, em que o interesse geral é ignorado ou sacrificado em favor dos interesses particulares, não existe um advogado do interesse público com papel específico. O mesmo argumento se aplica com respeito às decisões finais do CADE. Ampliar a discussão judicial sobre essas decisões propiciará o desenvolvimento de conceitos, contribuindo-se para a construção jurisprudencial geradora de segurança. Qual a contribuição do MPF e como essa contribuição poderá ser efetivamente realizada?

3 Essa participação fortalece a defesa da concorrência. In "Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira," Bloco Temático III (Determinantes de Natureza Regulatória da Competitividade), IE/UNICAMP-IEI/UFRJ-FDC-FUNCEX, Campinas 1993.

## **2.3 Ação Civil Pública por infração da ordem econômica**

Este instrumento é uma conquista da sociedade consumidora. O culto à liberdade de contratar e de comércio gerou, no passado, uma teoria individualista aplicada na apreciação dos efeitos adversos à concorrência, causados por atos ou condutas. O interesse público, que não era ignorado pela mesma teoria, somente podia ser reparado, na prática, se a conduta não fosse boa para os agentes envolvidos. Dizia-se: o que era bom para os interessados, individualmente, também era bom para o interesse público. A ação civil pública busca defender o interesse público independentemente do interesse individual (art. 1º, inc. V e art. 5º, inc. II, da Lei nº 7.437). Os dois órgãos, CADE e MPF, têm igual legitimidade para usar a ACP. Mas as circunstâncias políticas podem tornar inconveniente a atuação do CADE. Nesse contexto, qual a contribuição do MPF?

## **2.4 Promoção de responsabilidade administrativa**

Em vários dispositivos, a Lei nº 8.884 prevê situações de responsabilização, administrativa ou judicial, de pessoas (artigos 6º, II, § 2º, 30, 35 e 78). A responsabilização do particular, autoridade ou funcionário faltoso é necessária à preservação da regularidade, eficácia, confiança e respeito do serviço público. Neste particular, a boa contribuição do MPF, quando necessária, depende de uma sintonia com o CADE. Como essa sintonia poderá ser estabelecida?

## **2.5 Ação de declaração de inconstitucionalidade**

Não há um sistema legal de defesa da concorrência perfeito. As imperfeições podem ser de várias ordens, inclusive agressão ao texto constitucional ou ao seu espírito. A ação de inconstitucionalidade é um instrumento de uso do Procurador-Geral da República. A apreciação pelo STF leva alguns anos. A demora pode gerar uma insegurança jurídica, capaz de afetar o planejamento privado dos investimentos produtivos. Há algum espaço para articulação dos dois órgãos, MPF e CADE, de sorte a eliminar ou reduzir o possível impacto sobre o mercado? Qual seria o momento mais conveniente para essa articulação, antes ou depois do ajuizamento da ADIN?

## **3. Esfera administrativa**

### **3.1 Representação do MPF junto ao CADE**

O art. 12 da Lei nº 8.884 estabelece um ofício, malgrado a Constituição reserve à lei complementar a instituição das atribuições do Ministério Público

(art. 128, § 5º). Não obstante, a LC 35/93 prevê uma função observadora do MPU, garante sua participação em qualquer órgão colegiado estatal com funções correlatas (art. 6º, §§ 1º e 2º, art. 11, art. 16 e art. 20) e outras funções previstas na Constituição e na lei (art. 5º, inc. VI). Se o primeiro dispositivo não é inconstitucional, o membro do MPF, atuando perante o CADE, fala nos processos antes ou depois da Procuradoria do CADE? Ele participa das sessões do Plenário com direito a palavra e assento? Se positivo, qual a posição do assento e o momento da palavra?

### **3.2 As atribuições da Procuradoria do CADE e o ofício do MPF**

A função do MPF (art. 12) está contida nas funções da Procuradoria do CADE (art. 10). Os dois papéis têm a mesma natureza? Se positivo, um exclui o outro? Qual a autonomia da Procuradoria perante o Presidente e o Plenário do CADE?

### **3.3 Experiência do MP na aplicação da Lei nº 8.884**

Com frequência, o MP solicita informações ao CADE. No passado, alguns membros do MPF oficiaram como procuradores do CADE. O CADE, de sua vez, tem provocado a atuação do MP. Isso revela uma experiência, embora tênue, entre as duas instituições. Que lições se podem aquirir desse relacionamento e como se poderia fortalecê-lo?

### **3.4 Investigações realizadas pela SDE/MJ**

Em qualquer procedimento investigatório, sobretudo conduzido por órgãos sujeitos a injunções políticas, omissões ou práticas ofensivas ao devido processo legal podem ocorrer. Qual a contribuição do MPF ao devido processo antitruste mediante acompanhamento das investigações processadas pela SDE?

### **3.5 Investigação autônoma (inquérito civil)**

O inquérito civil é instrumento de atuação do MP que pode também requisitar diligências investigatórias (art. 7º, inc. I, da LC 35). A investigação de conduta pode ser casuística ou setorial. Sua eficácia será mais significativa se fizer parte de um programa de trabalho adrede preparado (competition compliance programme). Deve o MPF intensificar o uso desse instrumento para defesa da ordem econômica<sup>4</sup> ou fazer uso de estudos e provas emprestados, produzidos pela SDE e CADE?

4 Ver Nota 1.

### **3.6 Investigação dos crimes contra a concorrência**

Os crimes contra a concorrência estão previstos nos artigos 4º a 6º da Lei nº 8.137/90. O direito de ação é privativo do MP. A denúncia exige coleta de fatos relevantes e cuidadosa análise. Esse trabalho depende de apreciação técnica qualificada e realizada em tempo útil, sob pena de a infração cair na prescrição ou decadência. Por outro lado, uma denúncia pouco criteriosa poderá gerar injustificado embaraço para o agente econômico que, até prova segura em contrário, não pode ser tratado como um “santo” nem como um “bandido.” De posse de indícios veementes, qual o melhor momento para o CADE e SDE promover a notícia da infração? Essa notícia deve ser encaminhada ao MPF, MPE ou a ambos? O MP deve aguardar o pronunciamento conclusivo dos órgãos de defesa da concorrência para depois decidir sobre o ajuizamento da ação criminal? Os órgãos de defesa da concorrência têm o devido preparo para dar aos fatos um tratamento policial adequado? É administrativamente conveniente uma articulação útil dos órgãos interessados, inclusive Polícia Federal?

## **4. Esfera promocional**

### **4.1 Difusão da cultura da concorrência**

Num País onde uma filosofia hesitante contamina o tratamento da concorrência e os currículos universitários mal contemplam o assunto, a difusão de uma cultura parece adequado aos objetivos comuns do MP e do CADE. Quais as perspectivas e instrumentos de atuação institucional conjunta em torno do objetivo?

### **4.2 Desenvolvimento do direito da concorrência**

Ao lado da jurisprudência administrativa e judicial, discussões em seminários e o desenvolvimento da literatura especializada ajudam a construir o direito. O CADE tem promovido esforços nesse sentido, nas forças dos recursos disponíveis. A organização de *lobby* e formulação ou reformulação de orientações administrativas (*guidelines*) e de textos legais também são meios de ação igualmente válidos, a despeito das óbvias repercussões políticas. Quais as perspectivas de contribuição do MPF?

### **4.3 Expedição de recomendações às autoridades**

Tendo em vista a melhoria do serviço de defesa da concorrência, bem como o zelo pelo interesse público associado à defesa do mercado ou preservação das forças competitivas, o MP poderá expedir recomendações às autoridades (art. 6º, inc. XX, da LC 35), fixando-lhes prazo razoável para adoção de

medidas necessárias ao bom cumprimento da Lei nº 8.884. Nem sempre as circunstâncias políticas favorecem a iniciativa, que também faz parte dos meios de atuação do CADE. De que forma essas instituições podem se articular, de modo a garantir a eficácia de uma atuação subsidiária ou substitutiva?

#### **4.4 Controle processual: assistência técnica**

A instituição do processo é fundamental ao exercício das funções “judicantes” do CADE e à avaliação de desempenho do mesmo Conselho. Observar o devido processo legal é necessário à legitimidade da prestação administrativa, à garantia dos direitos dos administrados e preservação do interesse público. Qual a perspectiva de contribuição técnica do MPF ao CADE?

#### **5. Conclusão**

O papel do Ministério Público em face da concorrência, estabelecido no texto constitucional e nas leis, é tão indubitoso quanto o fato do baixo desempenho da instituição. Para maximizar esse desempenho parece necessário estabelecer-se um ambiente que propicie uma sinergia com o CADE. Uma articulação útil das duas instituições contribuirá para um salto qualitativo e quantitativo dos resultados na aplicação e desenvolvimento do direito. Para isso, tudo indica que uma mudança de atitude na gerência do interesse público parece de rigor. As instituições têm um mandato específico e cada uma está comprometida com princípios. A compreensão desses princípios e o respeito mútuo garantirão um relacionamento institucional fecundo, pautado pela responsabilidade e competência.