

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATRIBUIÇÕES NA DEFESA DA ORDEM JURÍDICO-ECONÔMICA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA *

Marcelo de Oliveira Milagres
Promotor de Justiça

I – Introdução

A propósito do tema "*O Ministério Público dos últimos 10 anos – Lei Federal 8.625/93 – Análise crítica das atribuições e propostas de alterações*", objeto deste festejado V Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, sobrelevam algumas considerações sobre ação dos Ministérios Públicos estaduais na tutela e promoção dos **interesses difusos**, especificamente, do controle jurídico das condutas dos agentes econômicos em uma perspectiva do **direito da concorrência**.

Não se trata de tema exclusivo do Ministério Público da União, particularmente do Ministério Público Federal, como pode parecer a análise restrita do art. 12 da Lei n. 8.884/94, que prevê a participação daquele ramo do *parquet* brasileiro no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ente administrativo que aprecia e julga os efeitos das práticas negociais dos agentes econômicos no mercado.

O próprio e citado diploma legal, em seu art. 1º, parágrafo único, determinada a titularidade difusa dos bens jurídicos que almeja tutelar. E, demais disso, o seu art. 88 acresceu à Lei de Ação Civil Pública, Lei n. 7347/85, a expressa possibilidade de tutela da ordem econômica (art. 1º, inciso V), a ser efetivada, inclusive, pelo Ministério Público (art. 5º). Não há que se falar em interesse exclusivo ou imediato da União Federal ou demais entes federais.

E, ainda, é a própria Constituição da República de 1988, em seu art. 170, que, como princípio da ordem econômico-jurídica, determina a promoção da livre concorrência, a repressão ao abuso do "*poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*."

Com efeito, a promoção do valor da livre concorrência não se cinge à ação do ente administrativo judicante CADE, da Secretaria de Defesa Econômica - SDE - e da Secretaria de Acompanhamento Econômico –SEAE, na clássica composição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

*** Tese aprovada por unanimidade com aditivos às conclusões**

Trata-se de proteção de interesse difuso a reclamar a atuação **complementar e harmônica** dos agentes econômicos, entes de regulação, da autoridade antitruste, e, particularmente, do **Ministério Público brasileiro**, a teor do art. 127, *caput*, da Constituição da República, reproduzido pelo art. 1º da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

Essa atuação deve se verificar na prevenção e repressão, com todos os instrumentos e mecanismos de ação possíveis, de condutas que violem à ordem econômico-jurídica, consubstanciadas, grosso modo, em tipos administrativos previstos nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 e respectivos tipos penais dos arts. 4º a 6º da Lei n. 8.137/90.

São relevantes atribuições somente recentemente percebidas pelo Ministério Público brasileiro, notadamente os Ministérios Públicos dos Estados, em razão dos conhecidos e reprovados efeitos dos cartéis de postos de gasolina, que são típicos e clássicos cartéis de preço, restrições horizontais de mercado.

Nesse contexto, propõe-se a presente reflexão: situar o Ministério Público como indispensável instituição com o poder-dever de contribuir com a promoção da concorrência, **interesse essencialmente difuso**, que necessariamente não se confunde com interesse coletivo ou meramente individual homogêneo das relações de consumo ou, ainda, que não se restringe ao aspecto meramente criminal.

Trata-se de aprimorar e aperfeiçoar a ação dos *Centros de Apoio Operacional da Ordem Econômica*, que, sob essa denominação ampla, pode compreender todas as relações econômicas de produção, consumo, distribuição e intermediação (financeira) de bens e serviços, com repercussões, inclusive, de natureza fiscal e criminal.

O que, em síntese, busca-se destacar é; primeiro, a necessidade de interação e maior sensibilidade dos vários órgãos de apoio e execução do Ministério Público, com atribuições de promoção da ordem econômica; segundo, que muitas condutas de mercado devem ser analisadas, também, sob a perspectiva macroeconômica de promoção da **política econômica da concorrência**.

Nesse diapasão, mister a compreensão do atual modelo jurídico-econômico, da aparente superposição de competências entre os agentes e entes públicos, da importância do estudo e promoção institucional da teoria econômica como mecanismo a auxiliar as diversas e possíveis ações do Ministério Público que não devem ser isoladas ou compartimentadas, mas orientadas sob a diretriz única de implementação da defesa pública da livre concorrência.

Tema atual a ser objeto de candente debate crítico na sempre contemporânea e libertária Ouro Preto, anfitriã de um Ministério Público que se propõe reflexivo de sua relevante e natural vocação de promoção, em última análise, do homem, em todos os seus âmbitos de vivência, como razão de ser do Direito, do Estado e da Sociedade.

II – Atual modelo jurídico-econômico brasileiro e a promoção da concorrência

Interpretando os arts. 170, 173 e 174 da Constituição da República de 1988, pode-se asseverar que a ordem jurídico-econômica nacional se consubstancia em uma economia de mercado socialmente controlada, competindo ao Estado a função primordial de agente normativo e regulador e aos agentes econômicos privados a função empresarial.

Vislumbra-se a realidade normativa de um modelo capitalista, em que ao Estado, desvinculando-se da ação direta no e sobre o domínio econômico (Estado empresário), atribui-se a vocação de tutela e promoção dos valores constitucionais da soberania nacional, da propriedade privada em sua perspectiva funcional, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, na dicção principiológica do sempre lembrado art. 170.

Ao Estado, então, atribui-se a primazia da ação mediata, da ação indireta na promoção da ordem econômica, mediante as funções de *fiscalização*, *incentivo* e *planejamento*, a teor do art. 174, *caput*, da Constituição da República.

Nesse sentido, as relações dos agentes econômicos no âmbito do mercado devem ser gravadas pela liberdade, pela livre competição, devendo as condutas anticoncorrenciais serem afastadas em uma perspectiva preventiva, ou, na exegese gramatical do § 4º do art. 173 da Constituição, serem reprimidas.

Essa política de prevenção e repressão de comportamentos contrários à ordem jurídico-econômica, na perspectiva da concorrência, é levada a cabo pelo Estado por intermédio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sobrelevando a importância do CADE, na função de ente administrativo que julga atos concretos dos agentes econômicos à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica.

Ao CADE se atribui a função, exclusiva, de aplicar as penalidades e medidas **administrativas** previstas na Lei n. 8.884/94, valendo-se a propósito dos instrumentos legais de **investigação preliminar**, **processo administrativo**, do **acordo de leniência**, **compromisso de desempenho** e do **compromisso de cessação de prática**.

Sobressai, outrossim, a atribuição complementar dos conhecidos entes de regulação ("*agências reguladoras*")¹ que não julgam, mas que podem regular (regulação prudencial) condições de concorrência entre agentes econômicos, públicos ou privados, de determinado setor da economia, *v.g.*, energia elétrica, telecomunicações, petróleo.

¹ Trata-se de infeliz e pura tradução da denominação americana 'regulatory agencies'. Infeliz, porquanto se contrapõe a nossa tradição de 'conselhos', em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem ajustes ao modelo ou análise da realidade vivenciada.

E o **Ministério Público**, na esteira de sua vocação constitucional de tutela dos interesses metaindividuais, incluindo a defesa da ordem jurídico-econômica, deve cingir-se à condição de simples observador das ações levadas a cabo pelo CADE e pelos entes de regulação na promoção do princípio constitucional da livre concorrência ?

III – O Ministério Público e a promoção da concorrência

A resposta à questão proposta é, a toda evidência, negativa.

De pronto, muitos suscitam a constitucional atribuição de promoção privativa da ação penal pública, a teor do art. 129, I, da Constituição da República.

Com efeito, a persecução dos delitos em prejuízo da livre concorrência, tipificados, notadamente, nos arts. 4º, 5º e 6º, da Lei n. 8.137/90, procede-se mediante ação penal pública.

Trata-se, evidentemente, de clássica atribuição criminal, encontrando-se o Ministério Público brasileiro já bastante evoluído, valendo notar, a propósito, recente convênio celebrado entre os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério da Justiça, em que sobressai a colaboração do *parquet*, que dispõe de típicos instrumentos de investigação, inclusive a legitimidade de pedidos judiciais de escuta telefônica, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Instrumento relevante de obtenção de provas, sobretudo em face da prática de cartéis, que, sendo organizações informais, criadas e mantidas na clandestinidade, são realidades de difícil comprovação.

Mas a atribuição do Ministério Público, na promoção e tutela da livre concorrência, não se cinge à relevante atribuição criminal. Dispõe a instituição, de igual modo, do poder-dever de adoção de medidas, preventivas e repressivas, de **responsabilidade civil** dos agentes econômicos que atuam no mercado.

Nesse ponto, impende bem divisar as atribuições, afastando-se a aparente superposição de poderes.

Ao CADE compete a atribuição exclusiva, no âmbito da **concorrência**, de aplicar e propor **medidas e penalidades administrativas** previstas na **Lei n. 8.884/94**.

Os **entes de regulação** ("agências reguladoras"), também, dispõem de medidas e mecanismos administrativos, porém se limitam à denominada regulação prudencial.

Por sua vez, o **Ministério Público**, a par da exclusiva atribuição de promoção criminal, pode e deve: a) informar o CADE sobre eventual ilícito anticoncorrencial, para fins de eventual medida prevista na legislação de regência; e, notadamente, b) propor medidas preventivas (medidas cautelares, termos de ajustamento de conduta e **não** acordo de leniência ou compromissos de desempenho ou de cessação de prática) e repressivas (ação civil pública), objetivando determinar responsabilidade civil por

eventuais danos à ordem econômica, aqui, representada pelos interesses metaindividuais (individuais homogêneos, coletivos ou difusos) dos consumidores. ²

Sublinhe-se que, nesse diapasão, nem todo ilícito no âmbito das relações de consumo consubstancia infração à livre concorrência³, mas toda conduta anticoncorrencial representa prejuízo, direto ou potencial, aos interesses dos consumidores. É, nessa última hipótese, no âmbito da defesa da concorrência, que sobressai a possibilidade de ação, extrajudicial e judicial, do Ministério Público.

No âmbito de tutela das relações de consumo, o *parquet* já se afigura em elevado e crescente nível de ação. A problemática se apresenta, quando eventual dano aos interesses do consumidor tem como causa conduta anticoncorrencial ou, noutro dizer, apresenta repercussão imediata nas relações de concorrência (interesse essencialmente difuso).

Exemplificativamente, a prática ilícita de venda casada, sem dúvida alguma, consubstancia ilícito em detrimento das relações de consumo. Contudo, a mesma conduta, tipificada inclusive na Lei n. 8.884/94 (art. 21, XXIII), pode configurar ilícito anticoncorrencial, se tiver por objeto os efeitos previstos no art. 20 do citado diploma legal: *limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante*.

Enfim, essa mesma prática de venda casada deve encontrar resposta, no âmbito administrativo, notadamente por intermédio da autoridade antitruste (CADE). Mas o Ministério Público, de igual modo, deve promover as eventuais medidas preventivas (tutela inibitória) e, se for o caso, ações de responsabilidade civil e criminal pertinentes (tutela repressiva).

Nesse mister, deve exercer a difícil tarefa de, no caso concreto, determinar o conteúdo de hipóteses normativas com expressões intencionalmente de vagueza semântica, como, por exemplo, *mercado relevante* e *poder de mercado*.

Esse é um dos grandes desafios, de agora e do amanhã, do Ministério Público. Situar-se em uma realidade de constante mutação e internacionalização do fenômeno econômico. Não há como prevenir e reprimir ilícitos de mercado, desconhecendo-se os fundamentos da teoria econômica.

2 Evidentemente, que a melhor forma de tutela da ordem jurídico-econômica se procede mediante a tutela inibitória, a ação civil pública repressiva só deve ser o instrumento utilizado na hipótese de não satisfação da apontada tutela preventiva.

3 Conforme já decidiu o CADE, procedimento administrativo n. 131/93, citado por FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.) Direito da concorrência: case law. São Paulo: Singular, 2000, p374/375, “ A adoção de contrato padrão, não é, per se, conduta condenável pela Lei n. 8.884/94. Apenas quando verificarem os efeitos previstos no art. 20 desse diploma é que são eles passíveis de questionamento pela autoridade de defesa da concorrência. Em temas de contratos de prestação de serviços educacionais, as cláusulas abusivas à luz do Código de Defesa do Consumidor, a imposição de reajuste mensal vinculado a índices de inflação e o repasse de preço de incremento de custos são matérias estranhas ao Direito da Concorrência. “

Nem se diga que essa análise econômica cabe exclusivamente ao CADE.

Em verdade, as instâncias administrativa, criminal e civil são relativamente independentes, podendo, por exemplo, a celebração de acordo de leniência, nos termos do art. 35, da Lei n. 8.884/94, impedir o oferecimento da denúncia-crime, mas tal decisão administrativa não apresenta o efeito de **prejudicialidade absoluta** de outras possíveis medidas ou respostas jurídicas.

A propósito, uma prática ilícita de cartel pode ser objeto do referido acordo, impedindo a promoção, quanto aos infratores beneficiários, da persecução penal. Contudo, ainda que o CADE não aplique qualquer penalidade administrativa, cumpre ao Ministério Público a promoção de termo de ajustamento de conduta ou mesmo de ação civil pública, em razão da responsabilidade civil pelos danos causados a consumidores pela prática dessa restrição horizontal do mercado, e, para tanto, impende o estudo da análise econômica, para melhor fundamentar sua pretensão e comprovação da materialidade do indigitado ilícito e seu alcance.

Com efeito, pugna-se pela imperiosa necessidade de especialização institucional em Direito da Concorrência, à guisa do ideal de Maurice Byé⁴ de uma magistratura econômica, pelo qual se propõe a institucionalização de órgãos jurisdicionais especializados na resolução dos temas suscitados pela economia.

Propõe-se a crescente cooperação institucional entre o Ministério Público e os entes públicos, nacionais ou estrangeiros, de promoção da concorrência; a harmonização e maior comunicação entre os órgãos de execução e apoio do Ministério Público, diretamente relacionados com a tutela de relações de mercado: consumidor, ordem econômica e criminalidade dita macroeconômica; tudo com vistas, respeitada a garantia da independência funcional, ao desenvolvimento e aprimoramento institucional no trato de questões próprias da política econômica de promoção da concorrência, que, sublinhe-se, não são mais complexas do que as dificuldades que se apresentam, diariamente, nas investigações e ações ministeriais de desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro, crimes fiscais, falimentares ou contra o sistema financeiro nacional.

Enfim, se o mito da complexidade ou dificuldades de matizes diversas nunca foi entrave ao caminhar do Ministério Público, não poderá ser, também, na busca de promoção e tutela da livre concorrência.

Trata-se de refletir e melhor pensar o Ministério Público, não somente dos últimos dez ou quinze anos da Lei federal n. 8.625/93 e da Constituição da República, respectivamente; mas para a presente década, na promoção e tutela desse relevante interesse público, que, sublinhe-se, ganha contornos específicos pela mutabilidade e internacionalização crescente do fenômeno econômico. Ignorar essa realidade, ou pior,

4 Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, janv.mars 1964; JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments Structurels d'une Magistrature Économique. *Revue Trimestrielle de droit commercial*, Paris, n. 3, juillet-septembre 1977.

apontá-la como utópica ou meramente acadêmica, é afastar a instituição do atual debate e contexto econômico-social.

IV- Conclusões

À guisa de síntese dessa singela apresentação, apresentam-se as seguintes proposições, para fins de discussão:

- 1) O Ministério Público brasileiro, em razão de sua atribuição constitucional de tutela dos interesses metaindividuais, tem o poder-dever de tutela da livre concorrência;
- 2) São mecanismos do Ministério Público em sua ação de tutela da concorrência: a possibilidade de representação de condutas ou acordos suspeitos dos agentes econômicos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para as medidas administrativas previstas e exclusivas na Lei n. 8.884/94; a persecução penal pública e medidas de investigação criminal e, por fim, procedimentos com vistas à prevenção e responsabilidade civil por danos, efetivos ou potenciais, aos consumidores, valendo-se, a propósito, dos termos de ajustamento de conduta;
- 3) As instâncias administrativa, penal e civil de promoção e tutela da concorrência são independentes, não se afigurando absolutamente prejudicial, à ação do Ministério Público, eventual extinção de ação punitiva da administração pública federal;
- 4) A adoção desses mecanismos de ação pelo Ministério Público imprescinde do conhecimento da teoria econômica a ser fomentado por instrumentos de cooperação técnica, nacional ou internacional; bem como pela harmonização interna dos órgãos de apoio e execução com atribuições de tutela da ordem jurídico-econômica, em sentido amplo, sensibilizando-os da imperiosa necessidade de análise de condutas dos agentes econômicos no mercado, também, à luz do Direito da Concorrência.

V - BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1997.

BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FILHO, Alberto Venâncio. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.) *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000.

GALLOT, Jérôme. *Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition*. Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, 119, janvier-février/2001.

JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. *Éléments Structurels d'une Magistrature Économique*. Revue Trimestrielle de droit commercial, Paris, n. 3, juillet-septembre 1977

PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho: una reconstrucion teorica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Fourth Edition. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. Revue trimestrielle de droit civil, Paris, janv. Mars, 1964.

ADITIVOS

- Nova redação do item 2 da conclusão

2) São mecanismos do Ministério Público em sua ação de tutela da concorrência: a possibilidade de representação de condutas ou acordos suspeitos dos agentes econômicos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para as medidas administrativas previstas e exclusivas na Lei n. 8.84/94; a persecução penal pública e

medidas de investigação criminal e, por fim, procedimentos com vistas à prevenção e responsabilidade civil por danos, efetivos ou potenciais, aos consumidores, valendo-se, a propósito, dos termos de ajustamento de conduta e da Ação Civil Pública;

- Nova redação do item 4 da conclusão

4) A adoção desses mecanismos de ação pelo Ministério Público necessita do conhecimento da teoria econômica a ser fomentado por instrumentos de cooperação técnica, nacional ou internacional; bem como pela harmonização interna dos órgãos de apoio e execução com atribuições de tutela da ordem jurídico-econômica, em sentido amplo, sensibilizando-os da imperiosa necessidade de análise de condutas dos agentes econômicos no mercado, também, à luz do Direito da Concorrência