

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

COMBATE A CARTÉIS

3ª Câmara de Coordenação e Revisão

I

COMBATE A CARTÉIS

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradora-Geral da República

Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da República

Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal

Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral

Alexandre Camanho de Assis

Secretária-Geral Adjunta

Eloá Todarelli Junqueira



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
3ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

ROTEIRO DE ATUAÇÃO

COMBATE A CARTÉIS

Volume 1

© 2019 - MPF

Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/publicacoes>.

| | |
|---|---|
| Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) | |
| B823c | Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. Combate a cartéis – Brasília : MPF, 2019. 53 p. (Roteiro de atuação ; v. 1) |
| | Disponível também em: < www.mpf.mp.br >. |
| | 1. Direito da concorrência. 2. Cartel. 3. Truste. 4. Ministério Público Federal – atuação. I. Título. II. Série. |
| | CDDir 341.3787 |

Elaborado por Isabella de Oliveira e Nóbrega – CRB 1/3131

3ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Titulares:

Coordenador – Augusto Aras
Subprocurador-geral da República

Alcides Martins
Subprocurador-geral da República

Brasilino Pereira dos Santos
Subprocurador-geral da República

Suplentes:

Maria Emília Moraes de Araújo
Procuradora Regional da República, PRR 3ª Região/São Paulo

Luiz Augusto Santos Lima
Procurador Regional da República, PRR 1ª Região/Brasília

Marcus Vinícius Aguiar Macedo
Procurador Regional da República, PRR 4ª Região/Porto Alegre

Autores:

Fábio Loula
Procurador da República, PRBA

Fernando Oliveira Júnior
Procurador da República, PRTO

Lincoln Meneguim
Procurador da República, PRM-Anápolis

Márcio Barra Lima
Procurador Regional da República, PRR 3ª Região

Revisão:

Márcio Schusterschitz
Procurador da República, PRSP

Planejamento visual e diagramação:

Héber Peixoto Sabino / Secretaria de Comunicação Social (Secom)

Revisão de texto:

Ana Paula Rodrigues de Azevedo / Secom
Fernanda Gomes Teixeira de Souza / Secom

Normalização Bibliográfica:

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C
Fone (61) 3105-5100
70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| APRESENTAÇÃO | 9 |
| 1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS | 10 |
| 1.1 O que é um cartel? | 10 |
| 1.2 Fundamentos normativos constitucionais (Ordem Econômica) e infraconstitucionais (Leis nºs 12.529/2011 e 8.137/1990) | 10 |
| 1.3 Responsabilidade administrativa, criminal e cível pela prática de cartel | 11 |
| 1.4 Legitimidade do Ministério Público para o combate a cartéis | 14 |
| 1.5 Fatores facilitadores para a formação de cartéis | 14 |
| 1.6 Cartéis internacionais | 14 |
| 1.7 Cartéis em licitações | 15 |
| 1.8 Meios de obtenção de provas do cartel | 16 |
| 1.9 Provas diretas e indiretas | 17 |
| 1.10 Prejuízos decorrentes do cartel | 18 |
| 1.11 Exemplos de casos | 19 |
| 2 ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO COMBATE A CARTÉIS | 22 |
| 2.1 Atribuição do Ministério Público Federal para o combate a cartéis | 22 |
| 2.2 Competência territorial para conhecer e julgar ações civis públicas | 26 |
| 2.3 Atuação do MPF no Conselho Administrativo de Defesa Econômica | 27 |
| 2.4 Breves considerações sobre o GT de Mercado de Capitais, Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual | 31 |
| 3 INSTRUÇÃO | 32 |
| 3.1 Introdução | 32 |
| 3.2 Do mercado relevante | 33 |
| 3.3 Da conduta de cartel | 34 |
| 3.3.1 As provas indiretas – Cartel do Aço e Cartel da Ponte Aérea | 36 |
| 3.3.2 A interceptação telefônica – Cartel dos Postos de Florianópolis | 36 |
| 3.3.3 A importância de provas judiciais, tais como: quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e busca e apreensão – Cartel de Britas | 37 |
| 3.3.4 A importância da confissão de algum membro do cartel – Cartel dos Vigilantes .. | 38 |
| 3.4 Da propositura de Ação Civil Pública a partir de caso em tramitação ou julgado pelo Cade | 38 |
| 3.5 Do dano causado | 39 |
| 4 OUTRAS CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS E MODELOS | 41 |
| 4.1 Verificação das CCRs envolvidas e dos limites da própria atribuição | 41 |
| 4.2 Decisão acerca da atuação conjunta ou do declínio | 42 |
| 4.3 Verificação da suficiência das providências do Cade | 42 |
| 4.4 Verificação da prescrição | 43 |
| 4.5 Análise das leniências já firmadas | 43 |
| 4.6 Decisão acerca da judicialização imediata | 44 |
| 4.7 Recomendação | 45 |
| 4.8 Compromisso de ajustamento de conduta | 46 |

| | | |
|---------------|--|-----------|
| 4.9 | Acompanhamento do cumprimento de TAC e recomendações | 47 |
| 4.10 | Estratégias na propositura de Ação Civil Pública | 48 |
| 4.11 | Exemplo de Recomendação | 49 |
| 4.12 | Exemplo de Compromisso de Ajustamento de Conduta | 50 |
| | | |
| ANEXOS | | 51 |
| ANEXO A | – “Aspectos Econômicos e Jurídicos sobre Cartéis na Revenda de Combustíveis: Uma Agenda para Investigações” de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Rutelly Marques da Silva. | 51 |
| ANEXO B | – Decisão do CADE no caso do “Cartel do Açúcar”, processo administrativo nº 08000.015337/1997-48. | 51 |
| ANEXO C | – Decisão do CADE no caso do “Cartel da Ponte Aérea”, processo administrativo nº 08012.000677/1999-70. | 51 |
| ANEXO D | – Decisão do CADE no caso do “Cartel das Britas”, processo administrativo nº 08012.002127/2002-14. | 51 |
| ANEXO E | – Decisão do CADE no caso do “Cartel de Postos de Florianópolis”, processo administrativo nº 08012.002299/2000-18. | 51 |
| ANEXO F | – Decisão do CADE no caso do “Cartel dos Vigilantes”, processo administrativo nº 08012.001826/2003-10. | 52 |
| ANEXO G | – Decisão do CADE no caso do “Cartel do Cimento”, processo administrativo nº 08012.011142/2006-79. | 52 |
| ANEXO H | – Decisão do CADE no caso do “Cartel dos Gases”, processo administrativo nº 08012.009888/2003-70. | 52 |
| ANEXO I | – Decisão da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, processo nº ACP 200734.00.009984-4, no caso do “Cartel de Transporte Aéreo de Cargas”. | 52 |
| ANEXO J | – Decisão da 6ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, processo nº ACP 2002.71.00.028099-1, no caso do “Cartel dos Cegonheiros”. | 52 |
| ANEXO K | – Decisão da 22ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, processo nº AP 2003.71.00.007397-5, no caso do “Cartel dos Cegonheiros”. | 52 |
| ANEXO L | – Decisão da 10ª Vara Criminal de Vitória/ES, processo nº AP 0009660-69.2008.8.08.0024, no caso do “Cartel de Combustíveis em Vitória/ES. | 52 |
| ANEXO M | – Pedido de afastamento do sigilo dos registros de dados telefônicos e telemáticos na esfera cível formulado pelo Procurador da República Paulo Rubens Carvalho Marques. | 53 |
| ANEXO N | – “Manual de Advocacia da Concorrência – Cálculo de danos em cartéis – Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos” da SEPRAC, Ministério da Fazenda. | 53 |

| | |
|---|-----------|
| ANEXO O – Modelo de Recomendação | 53 |
| ANEXO P – Modelo de Termo de Ajustamento de Conduta | 53 |
| REFERÊNCIAS | 54 |

APRESENTAÇÃO

O presente roteiro de atuação é produto do Grupo de Trabalho Mercado de Capitais, Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual, da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, e consolida a experiência de seus membros no combate a cartéis, com o objetivo de auxiliar os colegas, no tema da defesa da concorrência, a melhor lidar com os desafios inerentes à problemática dos cartéis sob o aspecto civil.

Buscou-se uma abordagem direta e prática, recapitulando os principais conceitos envolvidos, bem como apontando os óbices e as considerações mais frequentes nas etapas de instrução do Inquérito Civil Público e posterior atuação, extrajudicial e judicial, destacando sugestões de atuação de modo a superar os desafios encontrados.

O primeiro capítulo aborda e recapitula conceitos fundamentais para o melhor enfrentamento do tema, proporcionando uma fonte de consulta rápida e confiável sobre o combate aos cartéis pelo MPF.

Na sequência, é abordada a questão da atribuição para os casos de cartel tratando tanto dos limites de atuação entre o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos Estaduais quanto da atribuição territorial e da interface Cade-MPF.

O capítulo seguinte trata da sensível questão da instrução do Inquérito Civil Público, que geralmente se mostra difícil no caso dos cartéis, ante a natureza dissimulada destes e a dificuldade de processar a complexa gama de informações reunidas durante a instrução.

Por fim, oferece-se uma série de considerações práticas com a intenção de facilitar a adoção de providências efetivas pelos membros, inclusive com exemplos que permitem a visualização dos pontos que com mais frequência se fazem necessários em Recomendações e Compromissos de Ajustamento de Condutas.

O roteiro ainda inclui decisões de grande relevância proferidas pelo Cade no que concerne a cartéis, especialmente selecionadas por serem exemplificativas da melhor interpretação dada ao tema e que podem ser utilizadas como referência na atuação do membro.

1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

1.1 O que é um cartel?

Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer cotas, restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública¹ ou restringir ou eliminar a concorrência de qualquer outra forma.

1.2 Fundamentos normativos constitucionais (Ordem Econômica) e infraconstitucionais (Leis nºs 12.529/2011 e 8.137/1990)

A Constituição Federal de 1988 consagrou a tutela da Ordem Econômica, prevendo, no art. 170, incisos III, IV e V, os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor e da função social da propriedade. Por seu turno, o art. 173, §§ 4º e 5º, consolidou a repressão ao abuso do poder econômico, determinando como imperativo constitucional a necessidade de responsabilização das pessoas jurídicas e de seus dirigentes pelos ilícitos praticados contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular.

Com o objetivo de conferir eficácia às disposições constitucionais, foram criadas no ordenamento jurídico infraconstitucional leis e outras normas de tutela do ordenamento econômico, merecendo destaque os seguintes diplomas:

- Lei nº 8.137, de 27 de dezembro 1990 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo) – criminalização da prática de cartel;
- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações Públicas) – criminalização da prática de cartel em licitações;
- Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrên-

¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018.

- cia) – estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e
- Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) – previsão de ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais decorrentes de infração à ordem econômica.

1.3 Responsabilidade administrativa, criminal e cível pela prática de cartel

A prática de cartel é um ilícito responsabilizado em três distintas esferas jurídicas, ensejando simultaneamente a responsabilização administrativa, criminal e cível.

→ Responsabilidade administrativa

A responsabilidade administrativa pela prática de infrações contra a ordem econômica é prevista na Lei nº 12.529/2011, que as define em seu art. 36, *caput*. Por sua vez, o art. 36, § 3º traz uma lista exemplificativa de condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica caso configurem alguma das hipóteses previstas no art. 36, *caput*. Entre tais condutas, a prática de cartel se encontra prevista no art. 36, § 3º, inciso I.

Na esfera administrativa, consolidou-se o entendimento pacífico na jurisprudência do Tribunal Administrativo do Cade de que os cartéis clássicos caracterizam um ilícito pelo seu objeto, não sendo necessária para a sua configuração e consequente condenação uma análise posterior dos efeitos da prática ilícita no mercado examinado, tendo em vista que os efeitos deletérios à concorrência e à economia são considerados intrínseca e naturalmente existentes. Ou seja, presumem-se absolutamente os efeitos negativos da colusão, independentemente da sua efetiva aferição fática. É uma categoria jurídica similar ao crime formal do Direito Penal no que tange aos efeitos do ato ilícito.

Destaque-se também que na seara administrativa a responsabilidade anti-truste das pessoas jurídicas independe de culpa ou dolo, sendo, portanto, objetiva. Assim, a conduta do agente (ação ou omissão: nexo causal) que causa o resultado antijurídico concorrencial previsto na norma pode até ser lícita; contudo, uma vez verificado o resultado antijurídico (ainda que potencial) decorrente dessa conduta (independentemente de dolo ou culpa), caracterizado estará o ilícito administrativo concorrencial. **Já em relação às pessoas físicas, a responsabilidade**

administrativa é subjetiva, exigindo-se a comprovação de culpa ou dolo, nos termos do art. 37, incisos II e III, da Lei nº 12.529/2011².

No âmbito administrativo, a apuração e repressão da prática de cartel ocorre por meio de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, o qual é instaurado e instruído pela Superintendência-Geral do Cade, nos termos dos arts. 69 e seguintes da Lei nº 12.529/2011. Ao final da instrução processual, a Superintendência-Geral do Cade remete os autos ao Tribunal Administrativo do Cade, opinando pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração. Após as manifestações opinativas da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade e do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade, o Tribunal Administrativo profere decisão, podendo, em caso de condenação, aplicar as penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, entre as quais multa e proibição de participação em licitações públicas.

Importante destacar, neste ponto, que, por força do art. 98 da Lei nº 12.529/2011, aqueles que desejarem discutir a condenação administrativa em sede judicial serão obrigados a garantir o juízo no valor das multas aplicadas para que haja a suspensão da cobrança.

→ **Responsabilidade civil**

A prática de cartel também enseja a responsabilidade civil, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil. A Lei nº 12.529/2011 também reconheceu a autonomia das instâncias administrativa e civil (art. 47). Além da possibilidade de ajuizamento de ações judiciais para a defesa dos interesses individuais ou individuais homogêneos (art. 47), também é possível a promoção de ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais decorrentes de infração à ordem econômica, nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985, para a tutela dos interesses difusos e coletivos.

Impende notar que diferentemente do que ocorre na seara administrativa, a responsabilidade civil depende da verificação de dano. Assim, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, a responsabilização civil por infração à ordem econômica dependerá da prova de existência de (I) conduta de um agente (por meio de ação ou omissão); (II) culpa ou dolo do agente; (III) ocorrência de um dano; e (IV)

² Muito embora apenas o art. 37, inciso III, da Lei nº 12.529/2011, referente aos administradores, exija a culpa ou dolo, entende-se que o mesmo requisito deve ser exigido das “demais pessoas físicas” mencionadas no art. 37, inciso II, da Lei nº 12.529/2011. Nesse sentido, por exemplo, MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013. p. 145.

existência de nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano observado³. Destaque-se, porém, que é possível responsabilizar os agentes econômicos que praticam atos anticompetitivos de forma objetiva (isto é, sem comprovação de culpa ou dolo), com fundamento na teoria do risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), bem como em se tratando de relação consumerista (arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor)⁴.

→ Responsabilidade criminal

A conduta de cartel é tipificada no art. 4º, da Lei nº 8.137/1990, segundo o qual constitui crime contra a ordem econômica:

- I. abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;
- II. formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
 - a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; e c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

A pena prevista é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Por seu turno, a prática de cartel em licitações públicas é tipificada no art. 90 da Lei nº 8.666/1993: “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. A pena estabelecida é de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

³ CASELTA, Daniel. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 117.

⁴ MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil**. 2010. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/pt-br.php>. Acesso em: 20 maio 2018. p. 172-175.

1.4 Legitimidade do Ministério Público para o combate a cartéis

A atuação do Ministério Público no antitruste se dá nas três esferas de responsabilização dos ilícitos concorrenciais: penal, cível e administrativa especializada⁵.

De acordo com a Carta Magna, o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF) e possui a atribuição para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III, da CF e art. 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/1985), entre os quais se inclui a defesa da concorrência (art. 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985).

Já a atuação na esfera administrativa especializada ocorre por meio do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-Cade), consoante previsão expressa do art. 20 da Lei nº 12.529/2011⁶.

1.5 Fatores facilitadores para a formação de cartéis

São elementos que tornam mais provável a ocorrência de cartéis: (I) número reduzido de agentes econômicos; (II) barreiras elevadas para a entrada de novos players no mercado; (III) produtos homogêneos; (IV) baixa elasticidade da procura em relação ao preço; (V) nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica; (VI) mercados com poucos adquirentes⁷, entre outros.

Todavia, trata-se unicamente de fatores que contribuem para a formação de cartéis, não constituindo por si só comprovação do ilícito⁸.

1.6 Cartéis internacionais

Cartéis internacionais são aqueles cuja atuação ultrapassa as fronteiras de um Estado, prejudicando a concorrência de mais de um país, independentemente da

⁵ BARRA LIMA, Márcio. A Atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 6, n. 1, p. 5-23, 2018.

⁶ Lei nº 12.529/2011. Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

⁷ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 52; FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346-347; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57-58.

⁸ OLIVEIRA; RODAS, *op. cit.* p. 57.

origem das empresas e do local em que elas operam. Dessa forma, produzindo efeitos em mais de um ordenamento jurídico, o cartel será considerado internacional⁹.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 12.529/2011, os cartéis internacionais estão também sujeitos à “jurisdição” administrativa pátria, ainda que seus atos sejam praticados exclusivamente no exterior, bastando para tanto que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional.

1.7 Cartéis em licitações

Os cartéis em licitações são aqueles ocorridos no bojo de procedimentos de contratações ou cotações de preços (licitação em sentido *lato*) pela Administração Pública (também em sentido *lato*).

Cuida-se do caso mais grave de cartel, pois dá ensejo à transferência de recursos financeiros do Estado para as empresas participantes do conluio, prejudicando principalmente as populações de menor renda, eis que diminui a disponibilidade e a qualidade dos serviços públicos que lhes são prestados¹⁰.

Conforme a experiência internacional, especialmente aquela consolidada pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)¹¹, as empresas e pessoas físicas participantes de cartéis em licitações utilizam-se sobretudo das seguintes estratégias:

- a. **Propostas Fictícias ou de Cobertura (“cover bidding”)** – também designadas de propostas complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas, ocorrem quando agentes econômicos apresentam propostas que, devido ao preço ou às condições, sabem serem inaceitáveis. Prestam-se, portanto, a conferir falsa aparência de ampla concorrência entre os participantes do cartel;
- b. **Supressão de Propostas (“bid suppression”)** – os agentes econômicos se comprometem a não apresentar ou a retirar uma proposta já apresentada a fim de garantir que um concorrente predeterminado vença o certame;

⁹ GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Cartéis Internacionais: Desafios e Perspectivas para a Internacionalização do Direito da Concorrência**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 56-57.

¹⁰ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 48.

¹¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. (OCDE). **Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas**. fev. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

- c. **Propostas Rotativas ou Rodízio (“bid rotation”)** – os concorrentes coordenam suas condutas para que, de modo alternado, cada um deles apresente em oportunidades específicas a proposta vencedora da licitação;
- d. **Divisão do Mercado** – os concorrentes dividem entre si clientes e áreas geográficas, garantindo assim que para cada um destes haja uma empresa dominante específica; e
- e. **Subcontratação** – a empresa vencedora do certame subcontrata as empresas colaboradoras, o que permite a divisão entre os cartelistas dos lucros excepcionalmente elevados obtidos com a licitação.

1.8 Meios de obtenção de provas do cartel

A questão da prova do cartel é bastante sensível, visto que se, de um lado, os envolvidos na prática buscam eliminar os rastros do conluio, de outro, o mero paralelismo de preços não é suficiente para caracterizar a conduta, sendo preciso demonstrar a existência de um elemento adicional (o chamado “fator *plus*”) que aponte que o comportamento dos agentes econômicos não foi espontâneo.

Para permitir a reunião de provas aptas a demonstrarem a prática de cartel, a legislação prevê uma série de instrumentos, como: (I) inspeções; (II) busca e apreensão de documentos; (III) interceptações telefônicas; (IV) acordos de leniência; (V) termos de compromisso de cessação; (VI) representações de terceiros, entre outros.

A Resolução/Cade nº 21/2018 disciplina os procedimentos de acesso aos documentos e informações constantes dos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, inclusive os oriundos de Acordos de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação e ações judiciais de busca e apreensão. De acordo com o art. 7º da referida resolução, o Ministério Público que atuar como interveniente-anuente na celebração do Acordo de Leniência do Cade terá acesso à íntegra dos documentos e das informações apresentados pelo signatário do Acordo, os quais poderão embasar procedimentos cíveis e criminais cabíveis, devendo-se observar a manutenção das regras de confidencialidade previstas em lei e na aludida resolução.

1.9 Provas diretas e indiretas

As provas da prática de cartel podem ser diretas ou indiretas.

As provas diretas são o principal meio de prova, referindo-se a qualquer evidência que demonstre a existência de acordo entre concorrentes. Destaque-se, entre outras, as seguintes provas diretas: (I) documentos elaborados pelo próprio acusado e por terceiros (e-mails, correspondências, mensagens eletrônicas etc.); (II) depoimentos de testemunhas; (III) confissão; (IV) laudos periciais; (V) gravações e transcrições de interceptações telefônicas; (VI) gravações e transcrições unilaterais de conversas e reuniões por um dos interlocutores¹².

Entretanto, as provas indiretas são tranquilamente aceitas no Brasil para a comprovação de cartel, permitindo-se que a apreciação conjunta de evidências e circunstâncias que torne possível compreender a atuação de um conluio, **quando atestado que não há explicação racional e crível para justificar o comportamento dos agentes econômicos**.

Com efeito, já se consolidou no Judiciário¹³, no Cade¹⁴ e também no âmbito internacional¹⁵ o entendimento de que a comprovação da prática de cartel se encontra

¹² RIBAS, Guilherme Favoro Corvo. **Processo Administrativo de Investigação de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 99.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no Ag 1206993/RS. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Art. 244-A, § 1º, do ECA. Prova Indiciária. Suficiência. Condenação. Reexame de Provas. Súmula 7/STJ. Divergência Jurisprudencial. Ausência de Similitude Fática. 1. O dissídio jurisprudencial, para que seja caracterizado, exige que, em situações fáticas idênticas, tenha havido a divergente interpretação do mesmo dispositivo de lei federal, o que não ocorre no caso concreto, em que não há a referida similitude, uma vez que o julgado recorrido e o paradigma avaliaram questões de fato diferentes. 2. Em se tratando de crime cometido por omissão, a explicitação do nexo de causalidade consiste na demonstração do fato de que o agente, embora sabendo da conduta ilícita e possuindo obrigação e condição de impedir seu resultado, concordou com a sua realização, por meio de sua inação. 3. Situação em que a Corte de origem, não apenas em razão da condição de administrador dos motéis, mas também por meio de outros elementos de convicção, entendeu que o agravante tinha conhecimento da exploração da prostituição de menores que era realizada nos estabelecimentos sob sua responsabilidade e assentia na ocorrência dessas práticas. 4. Uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerente e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação (REsp n. 130.570/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 6/10/1997). 5. Para reverter se, no caso concreto, os indícios seriam coerentes e veementes, de forma a autorizar um juízo de certeza acerca da probabilidade do agravante, seria necessária uma análise do seu conteúdo, bem como das circunstâncias fáticas que envolveram as práticas delitivas, providência vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 6. Agravo regimental improvido. Agravante: JT. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 5 de março de 2013. **Diário de Justiça eletrônico**, 13 mar. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). REsp 130.570/SP. Relator: Min. Felix Fischer, 2 de setembro de 1997. **Diário de Justiça**, 6 set. 1997; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97781. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, 26 nov. 2013. **Diário de Justiça eletrônico** – 051, 17 abr. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111294 MC. Relator: Min. Luiz Fux, 27 de março de 2012. **Diário de Justiça eletrônico** – 065, 30 mar. 2012; e Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 757876/ES. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Min. Cármen Lúcia, 1 de agosto de 2013. **Diário de Justiça eletrônico** – 150 5 ago. 2013.

¹⁴ PA nº 08012.001273/2010-24 (“cartel dos aquecedores solares”) voto condutor do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira; PA nº 08012.001029/2007-66 (“cartel de perborato de sódio”), voto condutor do Conselheiro João Paulo de Resende; e PA nº 08012.004039/2001-68 (“cartel do pão”), voto condutor da Conselheira-Relatora Ana Frazão.

¹⁵ OCDE, *op. cit.*; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter on Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies**. Abril de 2015. Disponível em: <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1036.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

associada à utilização concomitante de provas diretas e indiretas.

Como exemplos de provas indiretas que podem comprovar a prática de cartel, citam-se estudos econômicos que indicam a estrutura cartelizada de um dado mercado e o aumento de preços em curto período de tempo ou após reunião entre concorrentes.

Em casos de cartéis em licitações, as provas indiretas revelam-se ainda mais importantes para o eficaz combate aos conluíus. Nesse sentido, a OCDE indica como exemplo de provas indiretas em casos de cartéis em licitações: apresentação de propostas com valores idênticos e/ou muito semelhantes; propostas com os mesmos erros ortográficos e/ou formatação idêntica; retiradas inesperadas das licitações; subcontratação reiterada do vencedor do certame etc.¹⁶

Por sua vez, a ICN (International Competition Network)¹⁷ apresenta como padrões hábeis a caracterizar cartéis em licitações, entre outros, a mesma empresa ganhar a maioria dos certames; um número determinado de empresas lograr-se vitorioso em certames sucessivos; a existência de poucos licitantes ou nenhum novo licitante; os licitantes terem conhecimento sobre seus competidores e suas propostas; a licitação não reduzir o valor estimado; os licitantes retirarem suas propostas durante o certame; acesso limitado a informações sobre a licitação; e o valor do contrato administrativo desviar-se substancialmente do justo valor de mercado.

1.10 Prejuízos decorrentes do cartel

Os cartéis provocam inúmeros prejuízos socioeconômicos, notadamente: (I) aumento de preços; (II) restrição da oferta; (III) aumento dos custos operacionais de todos os agentes econômicos de um mercado; (IV) redução ou supressão total de incentivos à inovação; e (V) aumento de barreiras à entrada de novos atores econômicos no setor¹⁸.

¹⁶ OCDE, *op. cit.*

¹⁷ ICN, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 37.

1.11 Exemplos de casos

→ Esfera Administrativa

I. Cartel do Cimento (PA/Cade nº 08012.011142/2006-79)

Trata-se de cartel praticado no mercado nacional de concreto e cimento, por meio da fixação de preços, de quantidades de venda, divisão regional do mercado e alocação de clientes entre as empresas cartelizadas.

O caso representa a maior condenação da história do Cade, tendo resultado em multas que totalizaram 3,1 (três vírgula um) bilhões de reais, aplicadas a 6 (seis) empresas, 2 (duas) associações, 1 (um) sindicato e 6 (seis) pessoas físicas.

Além das sanções pecuniárias, as empresas envolvidas foram proibidas de celebrar novos acordos econômicos entre si e obrigadas a vender parte das fábricas de que dispunham, vedando-se, neste último caso, a aquisição de novos ativos no setor pelo prazo de cinco anos. Essa foi a primeira vez em que o Cade condenou agentes econômicos à venda de ativos.

II. Cartel dos Gases (PA/Cade nº 08012.009888/2003-70)

Cuida-se de cartel no mercado nacional de gases industriais e hospitalares, que tinha por finalidade: (I) fixar o *market share* de cada uma das empresas participantes; (II) instituir um pacto de não agressão; (III) dividir clientes; e (IV) fixar preços. Ao final, foram condenadas 5 (cinco) empresas e 7 (sete) pessoas físicas ao pagamento de multas que, somadas, totalizaram 2,3 (dois vírgula três) bilhões de reais.

→ Esfera Cível

I. Cartel de Transporte Aéreo de Cargas (ACP nº 200734.00.009984-4/7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal)

Refere-se à prática de cartel em licitações públicas realizadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para contratação de serviço de transporte aéreo de cargas.

Após a condenação administrativa pelo Cade, o Ministério Público Federal no Distrito Federal (PR/DF) ajuizou Ação Civil Pública contra 2 (duas) empresas e 2 (dois) de seus administradores para anular o Contrato Administrativo nº

10.498/2000 e seus aditivos, decorrentes da Concorrência nº 010/2000, bem como para a devolução de R\$ 43.701.003,98 (quarenta e três milhões, setecentos e um mil e três reais e noventa e oito centavos), recebidos em decorrência da execução contratual.

O pleito do *Parquet* Federal foi parcialmente acolhido pelo juízo de primeira instância, o qual anulou o Contrato nº 10.498/2000 e aditivos, bem como determinou a devolução solidária dos valores superfaturados pagos pela ECT.

Houve interposição de recurso ao TRF1, ainda pendente de julgamento.

II. Cartel dos Cegonheiros (ACP nº 2002.71.00.028699-1/6ª Vara Federal de Porto Alegre/RS)

O Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra 1 (uma) associação, 1 (um) sindicato, 1 (uma) empresa e 1 (uma) pessoa física, imputando-lhes a prática de cartel para majorar ilicitamente preços no mercado de frete pelo transporte de veículos novos.

Os pedidos apresentados pelo *Parquet* Federal obtiveram parcial procedência, determinando-se aos réus, entre outras medidas: a abstenção de condutas anti-competitivas; a extinção da associação; a limitação da atuação do sindicato a estados em que não existisse entidade representativa da categoria; o pagamento de multa pelos réus (associação: R\$ 5.000.000,00; sindicato: R\$ 300.000,00; empresa: 1% sobre o seu faturamento bruto apurado no ano anterior ao ajuizamento da ação (2001); pessoa física: 1% do valor da multa imposta à empresa, todos devidamente atualizados); a publicação da decisão em jornal de grande circulação no estado da condenação; a inscrição da empresa no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Houve interposição de recursos de apelação por parte do autor e dos réus – Apelação Cível nº 5080116-37.2016.4.04.7100 – ainda pendente de julgamento no TRF4.

→ Esfera Criminal

I. Cartel dos Cegonheiros (AP 2003.71.00.007397-5/22ª Vara Federal de Porto Alegre/RS)

A Ação Penal proposta pelo Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul foi julgada parcialmente procedente, condenando-se 3 (três) réus pela prática dos crimes econômicos previstos nos incisos do art. 4º da Lei nº 8.137/1990, na forma do

art. 71 do Código Penal, a penas de: 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão; 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão; e 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos. As condutas imputadas referiam-se a acordo entre empresas prestadoras de serviços de transporte rodoviário de veículos novos visando à fixação artificial de preços dos fretes praticados em território nacional, bem como à elevação, sem justa causa, do preço do serviço de frete rodoviário de veículos automotores novos, valendo-se de posição dominante no mercado.

Contra a sentença condenatória foi interposto recurso, que, no momento, encontra-se pendente de julgamento.

II. Cartel de Combustíveis em Vitória/ES (AP 024.08.009660-5/10^a Vara Criminal de Vitória/ES)

A Ação Penal ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo foi julgada parcialmente procedente, condenando-se 7 (sete) dos acusados pela prática dos crimes descritos no art. 11 e nos incisos do art. 4º da Lei nº 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal, bem como no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 69 do mesmo diploma, sendo que: 6 (seis) dos acusados tiveram a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão substituída pelo cumprimento de duas penas restritivas de direitos; e 1 (um) foi condenado ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. As condutas imputadas diziam respeito à uniformidade de preços de venda de combustíveis, em especial da gasolina, nos postos da Grande Vitória/ES.

Atualmente o processo se encontra em fase de execução de sentença.

2 ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO COMBATE A CARTÉIS

2.1 Atribuição do Ministério Público Federal para o combate a cartéis

A atribuição do Ministério Público para a defesa da ordem econômica nas esferas cível e penal¹⁹ emana da Constituição da República. Com efeito, o constituinte concebeu o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*) e elencou como suas funções institucionais, entre outras, “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, I e III).

Assim, o Ministério Público, em virtude de sua essência e de suas funções institucionais, deve atuar para a efetivação dos princípios que regem a atividade econômica, estabelecidos na própria Carta Política, tais como a liberdade de iniciativa, a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, *caput* e incisos III, IV e V), combatendo o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º).

Observando esses mandamentos constitucionais, o legislador ordinário editou a Lei Complementar nº 75/1993 consignando que é uma das funções institucionais do Ministério Público Federal zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à atividade econômica (art. 5º, II, “c” c/c art. 38, *caput*). Foi estabelecido, ademais, que compete ao *Parquet* federal promover: (a) o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses individuais indisponíveis, homogêneos,

¹⁹ No campo penal, destaca-se o art. 4º da Lei nº 8.137/1990.

sociais, difusos e coletivos, em geral, e relativos ao consumidor²⁰, em particular; e (b) outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto à ordem econômica (art. 6º, VII, “c”, “d” e XIV, “b” c/c art. 38, *caput*).

Esse arcabouço legal e a falta de previsão expressa na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) sobre a matéria²¹ poderiam levar a crer que, entre os ramos do *Parquet*, cabe ao Ministério Público Federal, com exclusividade, a tutela da concorrência. A favor dessa proposição, argumenta-se que a Lei nº 12.529/2012 conferiu, no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a competência para repressão a órgãos federais. Esse entendimento, contudo, não prevalece, na medida em que o federalismo brasileiro preserva a atribuição dos Ministérios Públicos estaduais para questões de interesse local. A respeito, confira-se decisão da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão:

INQUÉRITO CIVIL. REPRESENTAÇÃO. ORDEM ECONÔMICA. COMBUSTÍVEIS. MUNICÍPIO DE TURVO/SC. POSTO ROMANO. SUPOSTAS PRÁTICAS ANTICORRENCIAIS. MERCADO LOCAL. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO FEDERAL. DECLÍNIO AO PARQUET ESTADUAL. HOMOLOGAÇÃO.

1. Inquérito Civil instaurado com o objetivo de apurar supostas práticas anticoncorrenciais por parte do Posto Romano, no Município de Turvo/SC. De acordo com a representação anônima, os proprietários do referido posto teriam sido favorecidos com empréstimos concedidos irregularmente pela Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados Sul Catarinense (SICOOB CREDISULCA). Além disso, teriam adquirido a distribuidora de combustíveis que atua na região, dominando o mercado de combustível local.

2. Conforme registrado nos autos, “a investigação de eventuais crimes contra o sistema financeiro, supostamente praticados pelos gestores da Cooperativa de Crédito SICOOB – CREDISULCA, já foram declinados e estão sob análise da Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina, em razão de existência de Vara Federal na capital

²⁰ Costuma-se asseverar, com razão, que “a tutela da concorrência é a proteção do consumidor no atacado” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 248).

²¹ Há, na Lei nº 8.625/1993, dispositivos que atribuem ao Ministério Público a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

desse estado, a qual possui competência privativa para julgamento de delitos contra o sistema financeiro nacional (Autos da Notícia de Fato nº 1.33.003.000456/2016-19)”.

3. Quanto ao aspecto concorrencial, o membro oficiante promoveu declínio de atribuição em favor do *Parquet* Estadual por não vislumbrar, in casu, a presença de atribuição federal. Conforme ponderou eventual responsabilização civil de integrantes de cartel em mercado relevante de âmbito local (municipal) deve ocorrer perante a Justiça Estadual.

4. Impossibilidade de notificação do representante, que se apresentou de forma anônima.

5. VOTO: HOMOLOGAÇÃO do declínio.

(Relator: Alcides Martins Voto Nº: 1725/2018/SM Origem: Procuradoria da República no Município de Criciúma-SC Número: 1.33.003.000005/2017-62 – CÍVEL – TUTELA COLETIVA Procurador da República: Fábio de Oliveira)

Por outro lado, a fiscalização da União ou de suas autarquias sobre determinado setor é, para alguns, bastante para fixar a atribuição do Ministério Público Federal. É o caso do comércio varejista de derivados de combustíveis, fiscalizado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)²². O entendimento atual da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, no entanto, é que essa circunstância não é determinante para firmar a atribuição do Ministério Público Federal, como se verifica pelo seguinte precedente:

INQUÉRITO CIVIL. REPRESENTAÇÃO. CONSUMIDOR E ORDEM ECONÔMICA. COMBUSTÍVEIS. AUMENTO ABUSIVO NO PREÇO. PROVÁVEL FORMAÇÃO DE CARTEL. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES. HOMOLOGAÇÃO.

1. Inquérito Civil instaurado mediante representação para apurar supostas irregularidades nos aumentos dos preços de combustíveis, durante o ano de 2015, e provável formação de cartel nos postos revendedores de combustíveis no Município de Ji-Paraná/RO.

2. A ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) informou, em suma, que “não tem competência legal para es-

²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (3. Turma). Processo: 00123345619994058300. AC 498545/PE. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, 22 de novembro de 2012. **Diário de Justiça Estadual**, 5 dez. 2012, p. 256.

tabelecer qualquer tipo de controle de preços sobre os combustíveis automotivos comercializados no País, tendo em vista o regime de liberdade de preços dos derivados do petróleo”. Acrescentou que “há indícios de formação de cartel no mercado de revenda de gasolina no município de Ji-Paraná/RO, tendo em vista que os coeficientes de variação do combustível possuiu pequena dispersão (abaixo de 0,01 –indicando que os preços praticados pelos revendedores aos consumidores finais estavam muito próximos) no período de março a novembro de 2016”.

3. O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) emitiu a Nota Técnica nº 7/2017 na qual concluiu que existem indícios de infração à ordem econômica nos termos da Lei 12.529/2011. Instaurou o Inquérito Administrativo Sigiloso Nº 08700.000670/2017-05 para apurar as referidas infrações.

4. O Procurador da República oficiante promoveu o declínio de atribuição em favor do Ministério Público Estadual, tendo em vista a ausência de atribuição federal.

5. VOTO: HOMOLOGAÇÃO do declínio de atribuição.

(Relator: Luiz Augusto Santos Lima Voto n.º: 1008/2018/KM Origem: Procuradoria da República no Município de Ji-Paraná – RO Número: 1.31.001.000305/2016-55 – Cível – Tutela Coletiva, Procurador da República: Murilo Rafael Constantino)

A solução mais adequada é reconhecer a atribuição do Ministério Público Federal para ações cíveis cujo objeto sejam condutas praticadas, seus reflexos ou questões estruturais inseridas em: (a) mercado relevante que englobe mais de um estado da Federação; (b) mercado relevante que abranja a maior parte ou todo território nacional; ou (c) mercado relevante internacional.

Obviamente, se a União, entidade autárquica (especialmente, o Cade) ou empresa pública federal compuserem a relação processual como autoras, rés, assistentes²³ ou oponentes, a legitimidade do Ministério Público Federal estará caracterizada²⁴, independentemente da dimensão do mercado relevante, por força do art. 109, I, da

²³ O Cade tem a *praxi* de intervir como terceiro interessado naqueles casos nos quais existe decisão condenatória proferida pela autarquia.

²⁴ Há, ainda, julgados proferidos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça apontando que, figurando como autor da demanda o Ministério Público Federal, órgão da União, a competência é da Justiça Federal, que deverá aferir a legitimidade ativa do *Parquet* federal.

Constituição da República c/c art. 37 da LC nº 75/1993. Assim, com espeque nesse fundamento normativo, serão da atribuição do Ministério Público Federal casos nos quais exista ofensa direta a interesse de entes federais, como nos casos de cartéis de licitação que afetem a União ou autarquias, ou ainda as práticas de cartel conexas com outros ilícitos que atingem interesse federal, como nos casos em que são identificados ilícitos praticados por servidores públicos federais para auxiliar ou encobrir a prática do cartel.

2.2 Competência territorial para conhecer e julgar ações civis públicas

Para a fixação da competência territorial das ações coletivas, devem ser aplicadas as regras estalecidas pela Lei da Ação Civil Pública (LACP – Lei nº 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990), diplomas fundamentais do microsistema de processo coletivo. Deveras, o art. 2º da LACP preceitua que “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. O CDC, por sua vez, determina que é competente para a causa a justiça local “no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local”; ou “no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente” (art. 93).

Então, constata-se que, a fim de determinar a competência territorial para conhecer e julgar ações coletivas cujo objeto seja a tutela da livre concorrência, deve-se considerar a dimensão do mercado relevante no qual o dano em questão ocorreu ou pode vir a ocorrer. Se nacional ou internacional, a demanda poderá ser proposta perante a Justiça Federal de qualquer capital de estado ou do Distrito Federal; se regional, devem conhecer e julgar a ação coletiva as varas federais das capitais dos estados ou do Distrito Federal onde o mercado relevante foi identificado, e se local, a(s) vara(s) da subseção judiciária ou seção judiciária onde está delimitado o mercado relevante.

2.3 Atuação do MPF no Conselho Administrativo de Defesa Econômica

A atuação do Ministério Público Federal no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica remonta à Lei nº 8.884/1994²⁵. A Lei nº 12.529/2011, que estrutura, atualmente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, prevê, quanto à atuação do MPF no Cade, que membro do Ministério Público Federal será designado pelo procurador-geral da República para emitir parecer, nos processos administrativos visando à imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do conselheiro-relator. Percebe-se, assim, que o trabalho ordinário do MPF-Cade é, principalmente, desempenhar a função de *custos juris*²⁶:

O objetivo primário do Ofício MPF-CADE diz respeito a uma atuação *custos juris* perante a autoridade concorrencial pátria. Neste sentido, a função do Representante do MPF junto ao CADE é essencial à política administrativa mantida pela União de defesa e proteção da concorrência, centrando-se (I) na atuação no controle das condutas anticoncorrenciais e na prevenção da concentração de mercado e (II) na contribuição com soluções eficientes e equitativas na promoção da concorrência.

Embora a literalidade do art. 20 da Lei n.º 12.529/2011 indique que o membro do MPF deve “emitir parecer”, a melhor interpretação do dispositivo é no sentido de “oficiar”, expressão mais ampla e condizente com o papel do *Parquet* na defesa da ordem jurídica, dos princípios constitucionais da ordem econômica e dos interesses da coletividade que devem prevalecer nas decisões do CADE.

Assim, cabe ao membro do MPF junto ao CADE manifestar-se de ofício ou por provocação, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas

²⁵ Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

²⁶ BARRA LIMA, Márcio. A atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 5-23, maio 2018. Disponível em <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/369>. Acesso em: 27 set. 2018.

por infrações à ordem econômica, bem como nos procedimentos administrativos de outra natureza, como procedimentos preparatórios de inquérito administrativo, inquéritos administrativos, atos de concentração, embargos declaratórios, pedidos de reapreciação e demais procedimentos previstos na Lei nº 12.529/2011, no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do CADE (RICADE). Objetiva-se, desta maneira, contribuir na condução e na melhor solução das questões submetidas à apreciação da autarquia.

Cabe destacar que a Lei nº 12.529/2011 aduz no art. 20 que o Membro do MPF no CADE emitirá parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (processos de conduta), diferentemente do que dispunha o art. 12 da Lei nº 8.884/1994, que não fazia restrição sobre os procedimentos nos quais o *Parquet* atuava. Esta alteração foi por muitos interpretada como redutora do escopo da atuação do MPF-CADE, com a exclusão de sua atribuição para officiar em atos de concentração.

Entretanto, a instituição do Ministério Público Federal foi contrária a esta interpretação, defendendo a participação mais ampla possível do *Parquet* no CADE. Alegava-se que a Lei nº 12.529/2011 teria apenas exemplificado uma hipótese de atuação do MPF-CADE, o qual também poderia officiar nos atos de concentração, tal qual era a prática quando da vigência da Lei nº 8.884/1994. Reforçava-se que a própria Lei Complementar nº 75/1993, que fundamenta a atuação do Ofício, instituiu poderes para a atuação ministerial contra abusos do poder econômico, independentemente da origem.

A Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1/2016 consagrou a posição defendida pelo MPF, reconhecendo a atuação do Ofício MPF-CADE na prevenção da concentração de mercado. Isto significou um importante passo sob o ponto de vista institucional na relação entre o MPF e o CADE, reforçando enormemente os mecanismos de proteção à concorrência.

Já o trabalho extraordinário do MPF-Cade inclui a interação com os Ministérios Públicos (Estaduais e Federal) que atuam na atividade-fim antitruste²⁷:

A atividade extraordinária do MPF junto ao CADE refere-se à sua atuação para além da esfera administrativa da defesa da concorrência, buscando promover o antitruste para além do CADE. Neste sentido, exerce o Ofício um importante papel de advocacia da concorrência perante os diversos ramos do Ministério Público: seja o próprio Ministério Público Federal como os Ministérios Públicos Estaduais. Isto se materializa por meio da promoção de cursos e seminários, pela atuação do membro do MPF no CADE como palestrante em eventos nacionais e internacionais, pelo encaminhamento dos casos julgados pelo Tribunal do CADE para o *Parquet* com a atribuição para adotar as medidas cíveis e penais cabíveis, bem como pelo suporte com a expertise temática aos demais órgãos do Ministério Público.

Sob este prisma, uma das mais relevantes ações do MPF-CADE diz respeito à atuação do Ofício como elo funcional aproximando a atividade do SBDC, de um lado, e o exercício da atividade-fim antitruste dos Ministérios Públicos (Estaduais e Federal), do outro. Deste modo permite-se uma ação sistemática e conjunta de todas as esferas do Ministério Público, fundamental para que haja a criação de uma efetiva cultura da concorrência no país, com o incremento do enforcement público antitruste. Assim, atendem-se as atribuições ministeriais, assegurando que a coletividade tenha pleno usufruto do bem jurídico tutelado pela Lei de Defesa da Concorrência.

Enquanto ponto focal de interlocução para ações em prol da defesa da concorrência, o MPF-CADE além de municiar os membros do Ministério Público com documentos e informações sobre casos e decisões do CADE, também pode levar à autarquia as preocupações sobre possíveis práticas anti concorrenciais apuradas por aqueles. Ressalte-se que estes contatos podem efetivar-se por meio de instrumentos formais, como ofícios, mas também por vias informais, como a comunicação direta com os procuradores ofiçantes.

²⁷ BARRA LIMA, *op. cit.* p. 14-17.

Dentre as várias iniciativas neste sentido, merece destaque a remessa ao *Parquet* com atribuição para o caso das decisões do Tribunal do CADE. Além disto, o Ofício pode colaborar com os membros do Ministério Público na elaboração de teses e no envio de material de apoio em casos já judicializados, bem como no encaminhamento de informações e estudos sobre possíveis infrações concorrenciais e outras normativas referentes à atuação do Ministério Público Federal.

Ademais, o Ofício do MPF-CADE tem empreendido um trabalho de acompanhamento dos ofícios enviados aos Ministérios Públicos, seja pelo próprio CADE ou pelo MPF-CADE, de sorte a verificar quais têm sido os efeitos concretos das comunicações das decisões da autarquia. Assim, procura-se incentivar os demais membros do Ministério Público a tomar as ações cabíveis para a efetivação do enforcement público penal (ações penais) e cível (ações civis públicas). Como afirmado, o Representante do MPF perante o CADE pode contribuir com sua expertise técnica e demais informações que possam ser necessárias para tanto.

Esta atuação conjunta é fundamental para garantir a eficácia material da Lei Antitruste, coibindo os abusos contra pequenas e médias empresas, consumidores e a população menos favorecida. Por estar disperso por todo o território nacional, o Ministério Público tem mais condições que o CADE para buscar o cumprimento da defesa da concorrência, estando mais próximo dos problemas enfrentados pelos agentes econômicos.

[...]

Some-se a isto o diálogo contínuo do MPF-CADE com a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão (Consumidor e Ordem Econômica) do MPF⁵⁰ e com a Procuradoria-Geral da República (PGR), fornecendo auxílio com propostas normativas e estudos para demandas judiciais, inerente ao relacionamento frutífero da Representação com os demais órgãos do MPF. Produto desta cooperação interna resultou, por exemplo, na aprovação pelo Colegiado da 3ª CCR dos Enunciados nº 16 e 17, oriundos de proposta elaborada pelo Ofício do MPF-CADE, visando à

atuação do Ministério Público Federal enquanto custos legis em ações judiciais que tenham o CADE no polo ativo ou passivo, ou cuja causa de pedir ou pedido sejam afetas ao Direito da Concorrência e de competência federal. O MPF-CADE comunicou, ainda, os Ministérios Públicos Estaduais sobre os referidos enunciados, buscando incentivá-los a adotarem igual iniciativa.

2.4 Breves considerações sobre o GT de Mercado de Capitais, Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual

O Grupo de Trabalho de Mercado de Capitais, Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual, instituído, no âmbito da 3ª Câmara de Revisão e Coordenação, por meio da Portaria nº 12/3CCR/MPF, de 12 de novembro de 2013, é composto, atualmente, por procuradores regionais da República e por procuradores da República, inclusive o membro do Ministério Público Federal que oficia no Cade. O seu escopo é

auxiliar a 3ª CCR no planejamento e cumprimento de sua tarefa de coordenação, mediante a proposição de instrumentos, implementação de projetos, além de medidas e dinâmicas relativas ao incremento da eficácia da atuação ministerial no sentido de zelar pelos interesses do investidor financeiro no âmbito do mercado de capitais e pela defesa da concorrência.

Percebe-se, assim, que o GT não tem atribuição para instaurar procedimentos investigatórios, tampouco para propor demandas em juízo. Entretanto, os membros do Grupo de Trabalho, se provocados, podem auxiliar o(a) procurador(a) natural em sua atuação finalística.

3 INSTRUÇÃO

3.1 Introdução

De maneira geral, é preciso se preocupar com a **produção probatória para três finalidades distintas**: (I) conhecimento do **mercado relevante**; (II) demonstração da prática da **conduta** ilícita; e (III) mensuração do **dano** causado. Então os objetos de prova, em síntese, serão **mercado relevante, conduta e dano**.

Uma dica importante é, sempre que possível, aproveitar as provas produzidas na esfera criminal. Isso porque, na investigação criminal, há mais meios disponíveis de produção probatória, como a interceptação telefônica, bem como há maiores recursos materiais e humanos para análise de documentos, como o auxílio de equipes técnicas da Polícia Federal.

Além disso, parece relevante, já na instauração do inquérito civil, decretar seu sigilo, tendo em vista o prejuízo que a sua publicidade pode causar à utilidade/efetividade das diligências²⁸.

A atuação do membro do Ministério Público independe da atuação do Cade, embora a autarquia federal tenha atribuição para investigar, na esfera administrativa, toda e qualquer prática de cartel cometida no território nacional²⁹. Assim, não é correto arquivar inquérito civil público apenas porque o Cade instaurou procedimento administrativo para investigar a mesma prática.

O ideal é que a investigação na esfera cível/criminal, conduzida pelo Ministério Público, ocorra de maneira concertada com a investigação administrativa do Cade, de forma que sejam obtidos os melhores resultados possíveis. E, para isso, será indispensável estabelecer algum diálogo com a autoridade antitruste. No Cade, a Superintendência-Geral é o órgão responsável por receber as representações, instaurar procedimentos e conduzir as investigações para apurar a prática de cartéis. Para enviar representações ao Cade, basta acessar o endereço eletrônico www.cade.gov.br e clicar no ícone “Clique Denúncia” que aparece no canto superior direito da tela.

²⁸ Vide art. 7º da Resolução nº 23/2007 do CNMP: “Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal **ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações** (grifo nosso), casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada”.

²⁹ Ou ainda, simplesmente, as práticas que aqui produzam ou possam produzir efeitos. Assim prescreve o *caput* do art. 2º da Lei nº 12.529/2011: “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Por fim, vale lembrar que a Lei nº 12.529/2011, em seu art. 34³⁰, previu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração a ordem econômica³¹. Trata-se de dispositivo que pode ser importante para dar efetividade à instrução e/ou à reparação dos danos causados nos casos de cartéis.

3.2 Do mercado relevante

Nem o membro do Ministério Público, nem o do Poder Judiciário possuem conhecimento especializado em todo e qualquer mercado relevante no qual possa existir uma prática de cartel. E a depender do mercado relevante, aspectos da conduta ilícita irão variar. Um cartel de preços no mercado de revenda de combustíveis tem características que o distinguem de um cartel no mercado de aço, ou de areia ou de empresas de vigilância. Entender como funciona o mercado relevante e materializar isso nos autos do ICP trará, pois, elementos importantes de convencimento tanto para o momento da propositura da ação quanto para o futuro julgamento.

Nesse ponto, pode ser relevante, para entender as regras de formação de preços do mercado, bem como sua estrutura a montante e a jusante: (a) expedir ofícios a agências reguladoras e/ou oitivas, caso se trate de um mercado regulado; (b) expedir ofícios a consumidores (ou associação de consumidores) e/ou oitivas; (c) expedir ofícios a fornecedores e/ou oitivas (ou associação de fornecedores); e (d) expedir ofícios a concorrentes. Este último ponto merece a seguinte observação.

É possível expedir ofícios a concorrentes do mercado relevante e/ou realizar oitivas? Deve-se atentar para o risco de estar perguntando algo a um dos membros do cartel. E se deve ter sempre a preocupação de não alertar o cartel sobre a investigação. Se o mercado investigado se limita a determinado estado ou município, é possível que colher informações de agentes econômicos sobre mercados semelhantes em outros estados ou municípios seja útil.

São exemplos de perguntas que podem ser formuladas: (I) Quem são os agentes econômicos que competem no mercado investigado; (II) Quem são os fornecedores do mercado investigado; (III) Quem são os consumidores do mercado investigado;

³⁰ Lei nº 12.529/2011. Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

³¹ Sobre a desconsideração da personalidade jurídica da legislação antitruste, verificar OLIVEIRA JUNIOR, Fernando. A desconsideração da personalidade jurídica como instrumento de efetividade da defesa da concorrência. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 07, p. 207 – 239, jul./dez. 2010.

(IV) Como os preços nesse mercado são formados; (V) Quais os atos normativos, legais e infralegais, que regulam o mercado; (VI) Há históricos de preços no mercado investigado disponível; (VII) Há histórico dos preços de insumos do mercado investigado disponível; (VIII) Na visão dos consumidores, há algum produto que possa substituir aquele negociado no mercado investigado; (IX) Há uma concentração no mercado a montante (poucos fornecedores); (X) Há uma concentração no mercado a jusante (poucos consumidores).

Por fim, pode ser útil juntar aos autos artigos doutrinários ou documentos técnicos, muitos dos quais estão disponíveis na internet, e explicam o mercado relevante ou, ainda melhor, explicam, genericamente, como funciona a prática de cartel no mercado investigado. Por exemplo, no mercado de combustíveis, indica-se um artigo acadêmico importante que trata dos aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda (vide ANEXOS).

3.3 Da conduta de cartel

Não existe uma fórmula predefinida de como seria a melhor maneira de investigar um cartel, pois existem diversos aspectos que irão variar conforme o caso concreto. Há, entretanto, algumas premissas que devem ser consideradas.

Primeira, deve-se ter em mente que, apesar de a uniformidade de preços ser um dos indicativos de cartel, ela, por si só, não é suficiente para caracterizar o ilícito. São necessários outros elementos que indiquem a existência de conluio. Por isso, a uniformidade de preços é sempre um ponto de partida, não de chegada.

Segunda, o cartel é um ilícito praticado à sorrelfa, de maneira dissimulada, às escondidas. Por isso, angariar provas da existência do conluio, em regra, demandará medidas investigativas mais sofisticadas do que a mera expedição de ofícios ou a oitiva de testemunhas. Aliás, em regra, não há testemunhas. O que é muito útil é a existência de um dos membros do cartel que resolva colaborar. Entretanto, ele apenas o fará se tiver algum benefício com isso. Nesse sentido, a possibilidade de assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta, na esfera cível, e de colaboração premiada, na esfera penal, podem funcionar como importantes incentivos para a ajuda de um colaborador.

Terceira, a preocupação do objeto probatório deve recair não apenas na materialidade, ou seja, na existência do próprio conluio ilícito entre os agentes econômicos, mas também na autoria, quem foram os agentes econômicos que participaram da prática e, ainda, quais foram as pessoas físicas (sócio, conselheiro, diretor,

gerente ou preposto) que participaram das atividades do cartel.

É preciso, pois, por meio da instrução probatória, responder às seguintes perguntas: o que, quem, como, quando, onde e por quê.

O quê? Está sendo investigado, um cartel de preços ou alguma outra conduta comercial uniforme que os agentes econômicos, ilicitamente, estão praticando? Qual o mercado relevante e a dimensão do produto?

Quem? Quais os agentes econômicos envolvidos? Existem agentes externos, como consultores econômicos, de contabilidade, advogados que auxiliam o cartel? Quem é o líder da prática? Há a participação de algum sindicato? Quem são as pessoas físicas, na estrutura das pessoas jurídicas, que acertam as condutas? São os próprios sócios, conselheiros, diretores, gerentes ou empregados diversos?

Como? Os agentes econômicos combinam as condutas por meio de reunião, e-mails, troca de mensagens por aplicativos de celular, na internet? Onde as reuniões ocorrem, na sede das empresas de alguns deles, em sindicatos? Há coação física, violência ou grave ameaça para os eventuais delatores do cartel e/ou agentes que tentam ingressar no mercado cartelizado? Há algum regime de alternância de preços para maquiagem o cartel? Há codinomes para identificar os membros do cartel? Existem atas das reuniões realizadas entre os agentes econômicos?

Quando? Desde quando existe a prática cartelizadora? Ela é perene, constante, ou é possível identificar intermitência, certa sazonalidade? Se houver interrupções na prática, é possível falar em vários cartéis ou apenas em uma única conduta?

Onde? Qual o mercado relevante, dimensão geográfica? Atinge apenas determinada região, um ou vários municípios, um ou vários estados, um ou vários países?

Por quê? O cartel de preços é tido por uma infração per se, como visto, aquela na qual o dano à ordem econômica é presumido. Se agentes econômicos se reúnem para uniformizar preços é porque aquela conduta lhes será benéfica, em prejuízo aos consumidores e aos concorrentes. Entretanto, outros tipos de cartéis podem demandar investigação mais aprofundada acerca do porquê da prática, ou seja, qual a vantagem a ser auferida pelos agentes econômicos e quais são os prejuízos sofridos pelos consumidores e/ou pelos outros concorrentes.

A seguir, serão descritos quatro exemplos de casos julgados pelo Cade nos quais, por meios diversos, restaram demonstradas as práticas de cartéis. Os julgados podem servir como norte para as investigações em inquéritos civis públicos.

3.3.1 As provas indiretas – Cartel do Aço e Cartel da Ponte Aérea

Há determinadas características de mercados que indicam alta propensão para que os agentes econômicos se cartelizem, tais como: pequeno número de agentes econômicos, produto homogêneo, elevadas barreiras à entrada, baixo custo de monitoramento do cartel, ausência de estímulos à deserção, estrutura de custos semelhantes e estabilidade nas participações relativas de mercado. Além de um mero paralelismo de preços, essas características no mercado aliadas a algo mais, que pode ser a ausência de explicação econômica plausível justificando o alinhamento de preços ou uma reunião entre os agentes econômicos, são elementos que já embasaram condenações de cartel pelo Cade.

Como exemplos, verificar os casos do “Cartel do Aço”, em que CSN, Cosipa e Usiminas foram condenadas pelo Cade por cartel no mercado de aços planos, Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48 (vide ANEXOS), bem como o caso do “Cartel da Ponte Aérea”, no qual Transportes Aéreos Regionais S/A (TAM), Varig S/A, Transbrasil S/A Linhas Aéreas e Viação Aérea São Paulo S/A (Vasp) foram condenadas por comportamento uniforme de preços na ponte aérea entre São Paulo e Rio de Janeiro, Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 (vide ANEXOS).

Embora possível, a condenação de um cartel apenas com base em provas indiretas, com fundamento em um paralelismo *plus*, é a mais difícil de ser obtida.

3.3.2 A interceptação telefônica – Cartel dos Postos de Florianópolis

A interceptação telefônica, meio de obtenção de prova necessariamente atrelado a uma investigação criminal, é também uma importante ferramenta que pode ser utilizada. Aqui, ou o membro do Ministério Público tem atribuição tanto na esfera cível quanto penal, de maneira a requerer, no Juízo penal, a medida, ou deve atuar em parceria com o colega que tenha atribuição na área criminal e depois postular, judicialmente, a utilização da prova emprestada na esfera cível.

Verdade que, atualmente, a comunicação dos agentes da macrocriminalidade tende a ser por meio dos aplicativos de voz pela internet, tais como Skype, Whatsapp ou Telegram, fator que diminui um pouco a efetividade da interceptação telefônica. Contudo, sua utilidade não pode ser totalmente descartada, sobretudo para aqueles casos nos quais a investigação precisa apenas preencher uma outra lacuna pontual.

No Cade, o caso do “Cartel de Postos de Florianópolis”, Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18, foi o primeiro em que um cartel foi condenado com base em prova emprestada, obtida na Justiça Criminal, especificamente interceptações telefônicas requeridas pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (vide ANEXO).

3.3.3 A importância de provas judiciais, tais como: quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e busca e apreensão – Cartel de Britas

A forma mais efetiva de reunir elementos probatórios para demonstrar a existência de um cartel é por meio das provas produzidas a partir de autorização judicial, tais como quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico e/ou buscas e apreensões.

Em regra, essas medidas probatórias são utilizadas na esfera penal, mas é perfeitamente possível, por meio de uma ação cautelar cível, requerer ao Poder Judiciário quaisquer das medidas citadas. Apenas se deve atentar que o prazo de 30 (trinta) dias para propor a ação principal (art. 308 do CPC), nesses casos, não deve ser aplicado, haja vista a natureza específica dessa medida cautelar, qual seja a de produção probatória. É impossível, no prazo exíguo de 30 (trinta) dias, analisar as provas colhidas e propor a eventual ação civil pública contra o cartel. Aplica-se, aqui, o disposto no art. 13, IV, “d” da Lei nº 12.529/2011, dispositivo que compõe o microsistema de direito processual civil coletivo e prevê uma cautelar probatória que se exaure em si mesma (vide ANEXO, fundamentação construída em caso cível do MPF).

É importante verificar eventual dificuldade operacional em processar as informações a partir das documentações obtidas, mormente se o membro do Ministério Público não puder contar com o suporte pericial da polícia. Agendas, mensagens armazenadas em aparelhos celulares, e-mails, atas de reunião, diversos são os documentos, físicos ou eletrônicos, que podem revelar o conluio entre agentes econômicos e esclarecer a forma com que o cartel organiza suas atividades.

No Cade, o primeiro caso de cartel condenado com base, sobretudo, em provas obtidas a partir de uma busca e apreensão foi o chamado “Cartel das Britas”, Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. De acordo com uma denúncia anônima, dezessete empresas da região metropolitana de São Paulo estavam agindo em conluio para dividir o mercado de pedras britadas, restringir a quantidade

desse produto e, dessa forma, controlar preços, utilizando-se de um sofisticado sistema de coordenação dos participantes do conluio.

3.3.4 A importância da confissão de algum membro do cartel – Cartel dos Vigilantes

Se algum membro do cartel concordar em colaborar com as investigações e revelar o modus operandi da prática ilícita, ele pode firmar com o Ministério Público um acordo de colaboração premiada criminal, conforme disposto no art. 4º da Lei nº 12.850/2012, e um termo de ajustamento de conduta, segundo o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985. Novamente, nessa hipótese se verifica outro caso em que a atuação conjunta das áreas criminal e civil será mais eficiente. Para o termo de ajustamento de conduta, nessa situação, é possível o membro do Ministério Público utilizar-se analogicamente dos parâmetros da leniência antitruste, previstos no art. 86 da Lei nº 12.529/2011.

O primeiro caso de cartel julgado pelo Cade, com base em uma leniência antitruste firmada foi o chamado “Cartel de Vigilantes”, Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, no qual diversas sociedades empresárias de vigilância do estado do Rio Grande do Sul foram condenadas por conduta comercial uniforme em licitações públicas e privadas.

3.4 Da propositura de Ação Civil Pública a partir de caso em tramitação ou julgado pelo Cade

A partir de um caso concreto em tramitação ou julgado pelo Cade, é possível a propositura de ação civil pública para fins de reparação de danos patrimoniais e morais causados pelo cartel à coletividade. Aqui valem alguns esclarecimentos.

Primeiro, a multa imposta pelo Cade não repara os danos patrimoniais e morais causados. A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis³². Portanto, eventual condenação do Cade não afasta a possibilidade de

³² Conforme já foi exposto pelo próprio Cade, “a via de maior destaque é a ação civil pública. [...] Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdições estrangeiras. Nos Estados Unidos, onde a lei estabelece que os prejudicados por um cartel tem direito a um valor equivalente a três vezes a indenização ordinariamente cabível, a litigância privada já se transformou em peça chave da política de defesa da concorrência no país. Trata-se de mais um desestímulo à infração da lei”. Voto do ex-Conselheiro Fernando Furlan no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.

propositura, pelo Ministério Público, de ação civil pública em face do mesmo cartel.

Segundo, a íntegra do processo administrativo sancionador do Cade, com a consequente decisão condenatória do cartel, configura-se prova documental importante para fins da propositura da futura ação civil pública, mas não, prova necessária. Isso significa dizer que a propositura da ação civil pública pode ocorrer independentemente da juntada aos autos de inquérito civil da decisão condenatória proferida pelo Cade.

Terceiro, a avaliação da suficiência ou não da cópia do processo administrativo do Cade para fins de ajuizamento da correspondente ação civil pública deve ser feita pelo membro do Ministério Público com atribuição para o caso, à luz dos aspectos da situação concreta.

Por fim, é possível a utilização das provas produzidas a partir de leniência antitruste ou de TCCs firmados com o Cade para a propositura de Ação Cíveis Públicas pelo Ministério Público. A possibilidade já vinha sendo reconhecida pelo STF (REsp 1554986/SP e REsp 1554986/SP) e agora se encontra expressamente disciplinada pelo Cade na Resolução nº 21/201 (vide ANEXO).

3.5 Do dano causado

A estimativa do dano causado pelo cartel à coletividade deve ser um dos objetivos da instrução probatória de inquérito civil público que investiga esse tipo de ilícito. É importante que além de detectar a presença de cartéis, seja possível ao membro do Ministério Público, de alguma forma, (a) mensurar o sobrepreço resultante do funcionamento de cartéis; e (b) mensurar o repasse desse sobrepreço ao longo da cadeia produtiva.

Para o cálculo do (a) sobrepreço, há (I) métodos comparativos; e (II) métodos baseados na estrutura das empresas ou mercados.

Entre os (I) métodos comparativos, podem ser exemplificados:

- O uso de comparações ao longo do tempo. Basicamente, nesse tipo de abordagem, utilizam-se dados referentes a um período no tempo em que há a informação de que o cartel não estava em atuação e são comparados os preços praticados ao longo desse período com os preços definidos a partir da formação do cartel.

- Uma alternativa aos métodos que se baseiam em comparações intertemporais são os métodos baseados em comparações entre grupos distintos. Especificamente, é possível identificar o sobrepreço resultante da atuação de um cartel específico comparando o preço determinado pelos membros do cartel com o preço vigente em

situações passíveis de comparação e em que não há indícios de práticas anticoncorrenciais. Outras regiões geográficas em que se observam mercados e produtos com características semelhantes podem ser consideradas bases de comparações.

- Ainda, pode-se considerar os resultados previamente obtidos pela literatura em economia e presumir que a atuação desse determinado cartel apresenta relação com a atuação média esperada de um cartel.

Entre os (II) métodos baseados na estrutura das empresas ou mercados:

- Uma maneira de quantificar os prejuízos associados à atuação de um cartel é o uso de métodos baseados na mensuração do custo de produção. Em termos gerais, esses métodos consistem em obter estimativas do preço contrafactual a partir de informações sobre o custo de produção associado ao produto ofertado pelos participantes do cartel. Especificamente, o preço contrafactual é determinado como o valor estimado para o custo de produção, na ausência de condutas anticoncorrenciais, acrescentado de uma estimativa de margem de lucro esperada.

Todos os exemplos de métodos aqui citados, que não são exaustivos, foram extraídos do “*Manual Advocacia da Concorrência – Cálculo de danos em cartéis*”, da Secretaria de Promoção da produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) do Ministério da Fazenda (vide ANEXO).

O membro do Ministério Público Federal pode, ainda, utilizar-se dos serviços periciais da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, os quais poderão auxiliá-lo para a realização de estimativa de danos causados por determinado cartel, para fins da propositura de ação civil pública.

4 OUTRAS CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS E MODELOS

Finalizada a instrução e reunidas provas acerca da existência do cartel, bem como identificados seus membros, modo de operação e, se possível, quantificados os danos, são necessárias providências para cessação da cartelização e, eventualmente, reparação dos danos causados. A seguir citam-se algumas sugestões sobre pontos a serem considerados e possíveis encaminhamentos.

4.1 Verificação das CCRs envolvidas e dos limites da própria atribuição

Concluída a instrução, sugere-se que o membro do Ministério Público avalie se a totalidade dos fatos apurados se encontram em sua esfera de atribuição. Frequentemente, durante a apuração do cartel, constata-se a prática de crimes e atos de improbidade por parte de agentes públicos ou o cometimento de crimes diversos pelos agentes econômicos envolvidos.

Nesses casos, o membro com atribuição da 3ª CCR, mas não da 2ª e/ou 5ª CCR, deve tomar certos cuidados para não extrapolar os limites da própria atribuição, sendo necessária atuação conjunta ou declínios para os membros com atribuição sobre os fatos.

Ainda que o membro oficiante possua atribuição em mais de uma ou em todas as Câmaras envolvidas (situação mais comum em PRMs), é necessário lembrar que as homologações são realizadas separadamente em cada Câmara, de acordo com as respectivas competências.

4.2 Decisão acerca da atuação conjunta ou do declínio

Verificando-se que as investigações revelaram fatos sob a atribuição de outro membro do MPF ou de membro de outro Ministério Público é necessário decidir se haverá atuação em conjunto ou a divisão do IC com o declínio parcial.

A atuação conjunta é, em regra, a mais desejável, pois evita o retrabalho entre os diversos Ofícios ou ramos do Ministério Público, permite o compartilhamento de provas e a divisão de tarefas, bem como reduz as chances de vazamentos de informação, facilita as negociações com os agentes econômicos e permite a adoção de medidas conjuntas.

No entanto, diversas razões podem motivar a declínio parcial de atribuições, que vão desde dificuldades logísticas na atuação conjunta, como distância física entre os membros, até razões de estratégia processual, como ter ações propostas em jurisdições distintas.

No caso de envio parcial das apurações para outro órgão do MPF, é desnecessária a homologação, nos termos do Enunciado 14 da 3ª CCR:

Não caracteriza declínio de atribuição a remessa de autos a outro órgão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 4º, VI da Resolução nº 87/2010/CSMPF, sendo desnecessária a comunicação ao órgão revisor.

4.3 Verificação da suficiência das providências do Cade

Conforme visto nos pontos anteriores, há grandes chances de o Cade já ter atuado com relação ao cartel. De fato, muitas vezes os procedimentos do MPF sobre a matéria são frutos não de investigações ou apurações próprias, mas de comunicações enviadas pelo próprio Cade.

Nesses casos convém avaliar se as medidas já adotadas pelo Cade foram suficientes para a cessação da prática cartelizada, punição dos agentes e eventual reparação de dano.

A depender da eficácia das medidas já adotadas pelo Cade, o melhor curso de ação pode ser o arquivamento das peças de informação ou a instauração de um procedimento de acompanhamento em vez de um Inquérito Civil com diligências investigativas.

4.4 Verificação da prescrição

Em que pese, no caso dos cartéis em atividade, a prescrição não ser de grande relevância, é comum o encaminhamento de autos administrativos pelo Cade aos órgãos com atribuição sobre ordem econômica após a conclusão do julgamento, o que, por vezes, pode ocorrer anos após cessadas as práticas cartelizadas.

Não há dispositivo legal específico para a prescrição de danos causados por cartéis na esfera civil e também não há jurisprudência firmada para o assunto.

Nessa situação, parece conveniente a aplicação ou do prazo geral de dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil, ou do prazo prescricional de doze anos do crime de cartel, em analogia ao art. 46, § 4º, da Lei nº 12.529/2011 e à prescrição das ações de improbidade administrativa, casos em que as respectivas prescrições administrativa e cível são regidas pela prescrição do crime em abstrato.

Nos casos de cartéis cessados há tempo considerável e que o membro considere ainda ser relevante a propositura de Ação Civil Pública, sugere-se a adoção do julgamento condenatório do Cade como marco inicial da prescrição, visto que nesse momento se tem a certeza jurídica da existência do cartel, bem como a cessação do sigilo inerente ao procedimento administrativo.

4.5 Análise das leniências já firmadas

Muitas vezes toda a investigação de cartel se baseia em uma leniência firmada pelo Cade com um dos participantes. Nesses casos, o membro oficiante deve ter alguns cuidados adicionais.

Em que pese a leniência firmada pelo Cade só vincule o MPF com relação à Ação Penal (art. 87, da Lei nº 12.259/2011), nada dispondo a lei acerca da reparação de dano e demais consequências cíveis sob a tutela do Ministério Público, ainda assim o membro que officie exclusivamente no cível pode terminar vinculado a ela.

Explica-se: os acordos de leniência, em regra, estabelecem o valor, ou ao menos um teto, para as multas e punições aplicadas ao colaborador, e ao mesmo tempo, estabelecem que os demais órgãos públicos que desejem utilizar-se das provas produzidas a partir da leniência deverão respeitar os termos do acordo.

Dessa forma, o membro que deseje obter reparação civil do agente cartelizado que firmou a leniência deveria se valer de provas produzidas de forma absolutamente independente, o que, na prática, acaba por inviabilizar a ação de reparação.

Tal restrição não recai sobre os membros do cartel que não firmaram a leniência,

podendo o membro oficiante buscar a reparação civil em face destes normalmente.

Recomenda-se, em regra, a observância dos acordos firmados pelo Cade, tanto para não desacreditar o instituto da leniência, que tem se mostrado um dos principais instrumentos de investigação dos cartéis, quanto para evitar futuras nulidades em sede de ACP.

4.6 Decisão acerca da judicialização imediata

A esta altura da atuação, o membro oficiante provavelmente já teve contato com os agentes econômicos que estão agindo de forma cartelizada e deve ter alguma percepção acerca da disposição desses agentes em cessar voluntariamente a prática.

A não judicialização imediata oferece a vantagem de manter o combate ao cartel sob o controle do MPF, permitindo que se negocie a cessação da conduta e a reparação dos danos sem o aspecto conflituoso da lide judicial.

Particularmente, nos casos que envolvem grande número de agentes com pequeno poder econômico (a exemplo dos postos de gasolina), a judicialização imediata pode levar a processos tumultuados pelo grande número de partes, e/ou a muitas ações judiciais, prejudicando a efetividade da atuação do Ministério Público.

Uma etapa de expedição de recomendações e de rodadas de negociações simplificadas para adesão a Termos de Ajustamento de Conduta padronizados permitem que as ações judiciais que eventualmente se façam necessárias se concentrem nos líderes do cartel.

Por outro lado, em casos de cartéis com poucos membros de porte econômico considerável (a exemplo de cartéis de empreiteiras) e que demonstrem resistência na cessação da conduta cartelizada, a judicialização imediata pode ser um instrumento interessante, pela possibilidade de obtenção de medida liminar que impeça a conduta combatida, em especial, quando já houve algum tipo de acordo de colaboração com um ou algum dos participantes durante a fase de investigação.

Por fim, independentemente do perfil do cartel que se está combatendo e ainda que se opte por uma solução negociada, deve-se sempre avaliar a conveniência da obtenção do bloqueio cautelar de bens para garantia de futura indenização quando for possível estimar os danos causados pelo cartel durante as investigações.

Além de garantir a futura indenização, um bloqueio bem-sucedido de parcela substancial do capital dos agentes cartelizados tende a evitar que estes entrem em negociações meramente protelatórias com o MPF.

4.7 Recomendação

A expedição de recomendações antes do início de negociações extrajudiciais ou a propositura de ações pode ser uma estratégia interessante, ainda que o membro oficiante acredite que elas não serão acolhidas pelos agentes cartelizados.

A recomendação terá, sempre, ao menos um efeito: o agente fica inequivocamente ciente de que a conduta por ele praticada é ilícita. A recusa expressa ou o esgotamento do prazo da recomendação sem o seu acolhimento pode ser usado para reforçar o dolo e a má-fé dos agentes em caso de futura propositura de ACP.

Essa caracterização de má-fé pode ser particularmente útil na obtenção de liminares ou nas antecipações de tutela quando, geralmente, há maior resistência do Judiciário em determinar medidas coercitivas, em razão do julgador não ter tido contato pleno com a prova.

Por outro lado, ainda que o membro oficiante deseje buscar uma solução negociada antes da judicialização, a expedição de recomendação pode ter o efeito de atrair os agentes cartelizados para a mesa de negociações.

Na hipótese de se buscar uma solução negociada, a recomendação ainda demonstra aos agentes cartelizados o conhecimento do MPF sobre a participação e os mecanismos de funcionamento do cartel, bem como a disposição da Instituição em combatê-lo, podendo ter um importante efeito psicológico na disposição dos agentes em negociar.

Por fim, não se pode ignorar que, nos casos de agentes econômicos que se encontrem pressionados ou intimidados pelo cartel, a recomendação pode ser efetivamente acolhida, tornando desnecessárias medidas adicionais contra tais agentes.

Quanto ao conteúdo da recomendação, esse deve ser o mais específico possível.

Expressões como “dissolução do cartel”, “adotar postura competitiva”, “deixar de adotar postura anticoncorrencial” ou similares, mesmo que expressem os objetivos do MPF, não estabelecem proibições ou deveres aos alvos da recomendação, dificultando a cobrança de resultados ou a imposição de medidas coercitivas posteriores.

Idealmente, a instrução do procedimento foi capaz de revelar os mecanismos de organização e coordenação do cartel e as ferramentas utilizadas por este para a redução da competitividade, devendo, sempre que possível, a recomendação versar sobre tais mecanismos.

4.8 Compromisso de ajustamento de conduta

A obtenção de uma solução negociada oferece diversas vantagens, como a celeridade, vez que se prescinde da intervenção judicial e há possibilidade de se estabelecer sanções imediatamente exigíveis, o que faz com que, em nossa atuação da tutela coletiva, busquemos, sempre que possível, firmar compromisso, ou termo, de ajustamento de conduta.

Por vezes, os próprios investigados no Inquérito Civil desejam o TAC como meio de retornar à legalidade e obterem condições negociadas de reparar danos que eventualmente tenham causado, tornando as negociações relativamente rápidas, com a outra parte simplesmente aceitando os termos do MPF.

No entanto, nos casos de cartel é necessário ter cuidados especiais na avaliação do ânimo e da boa fé dos agentes em negociar.

Convém sempre levar em consideração que os agentes cartelizados se encontram cientes da ilicitude de suas ações e, em regra, montam sistemas com variados graus de sofisticação para atingir seu objetivo de falsear a livre concorrência e que, em muitos casos, possuem um significativo poder econômico e orientação jurídica especializada.

Cada membro tem a sua sensibilidade e independência na condução do ritmo das negociações e acerca dos termos a serem firmados, no entanto, recomenda-se que se observem os seguintes pontos:

- cláusula com os limites da atribuição dos membros/Ofícios envolvidos, expressamente esclarecendo que o acordo não vincula outros órgão da administração (em especial o Cade) ou do próprio MPF que atuem em áreas distintas (por exemplo, criminal) e que não tenham participado do acordo;
- obtenção do compromisso de cessação das condutas que caracterizam o cartel, evitando-se termos genéricos e indicando especificamente as condutas anticoncorrenciais identificadas durante a instrução;
- a estipulação de multas suficientemente adequadas ao porte econômico dos agentes para o caso de prática das condutas proibidas;
- a estipulação de mecanismos de controle do cumprimento das obrigações, como: prestação periódicas de informações ou submissão a fiscalizações, com sanções também pelo descumprimento dessas obrigações acessórias;
- a depender do porte do agente econômico, que este estabeleça programa de *compliance*;

- estipulação de um valor a ser pago a título de reparação civil de danos, com base no apurado durante a instrução;
- possibilidade de fixar também um valor adicional (ou único, caso não se tenha conseguido estimar o valor do dano econômico) a título de indenização civil (por danos morais coletivos, por exemplo);
- pode ser interessante estabelecer solidariedade dos sócios/gestores nas obrigações impostas, especialmente no caso de pessoas jurídicas de poucos bens e/ou capital;
- cláusula esclarecendo que os valores pagos têm todos natureza civil, não se confundindo nem se abatendo de eventuais multas ou outros valores decorrentes de responsabilidade penal ou administrativa; e
- em regra, os agentes insistem em cláusulas de “quitação”. Se for o caso, esclarecer que esta não vincula órgãos que não participaram do acordo, tendo natureza estritamente civil e não impedindo a cobrança de novos valores decorrentes de descumprimento das obrigações estabelecidas no TAC ou a imposição de multas administrativas ou criminais.

4.9 Acompanhamento do cumprimento de TAC e recomendações

Aceitas as recomendações expedidas ou firmados os TACs, é necessária a instauração de procedimento de acompanhamento, visto que as obrigações impostas são, essencialmente, de abstenção de determinadas condutas por período indefinido, nos termos da Diretriz nº 2, do Provimento CMPF nº 1, de 2015:

Diretriz nº 2. Sempre que nos autos de inquérito civil for firmado termo de ajustamento de conduta, o procedimento extrajudicial deverá ser arquivado e submetido ao controle da respectiva Câmara de Coordenação e Revisão, instaurando-se, na origem, o correspondente procedimento administrativo de acompanhamento, se necessário.

Recomenda-se que seja estabelecido algum mecanismo específico de acompanhamento, evitando-se confiar unicamente em informações prestadas pelo agente de que cessou a participação no cartel.

Pode-se, por exemplo, pedir que os agentes que cessaram a participação nos

cartéis informem periodicamente os preços praticados, com checagem independente dos valores informados (por meio de diligências próprias ou de outros órgãos, como os Procons, ou mesmo, de informações prestadas pelos cidadãos).

Em caso de estabelecimento de programa de *compliance*, importante fonte de informações, é interessante acompanhar também a implantação deste, verificando-se se os agentes contrataram consultoria ou escritório sérios para o processo.

O acompanhamento pode durar um período longo, não se recomendando o arquivamento do PA até que o membro oficiante constate que uma cultura de efetiva competição tenha se instalado no mercado relevante.

4.10 Estratégias na propositura de Ação Civil Pública

Necessária a propositura de ACP, esta não difere fundamentalmente das demais ações propostas na prática diária do MPF, mas cabem algumas considerações estratégicas e acerca das partes e dos pedidos.

A propositura da ACP, em regra, terá dois objetivos: a cessação da conduta cartelizada e a reparação dos danos causados, podendo ainda ser utilizada para obtenção de medidas cautelares.

Colocar em uma mesma ação todos os pedidos cautelares, todos os agentes econômicos envolvidos e ainda buscar todas as medidas necessárias para a cessação da conduta e a reparação dos danos pode facilmente desencadear um processo multitudinário e tumultuado que levará anos para conclusão.

A propositura de ACP única oferece a vantagem da instrução processual una, com as provas da existência do cartel e do dano causado, reforçando-se mutuamente e ajudando no convencimento do juiz, o que evitará a repetição de provas e decisões contraditórias.

Salvo alguma particularidade do caso concreto, recomenda-se ACP única contra cartéis com número reduzido de membros, já buscando obter a cessação da prática cartelizada e a indenização pelos danos causados.

Por outro lado, em cartéis multitudinários a divisão das ações se mostra uma necessidade.

Uma estratégia interessante pode ser a propositura de uma única ação contra os líderes do cartel e de outras separadas contra os membros de menor importância, que podem estar mais dispostos a fechar um acordo judicial.

Faz-se necessário destacar a importância da fixação, desde a peça exordial, dos fatos constatados no Inquérito Civil Público. Certamente os agentes econômicos

cartelizados resistirão às pretensões judiciais do MPF, não sendo possível antecipar todas as estratégias e alegações possíveis, no entanto duas questões, muito provavelmente, serão levantadas: ausência de acordo entre os agentes e paralelismo de preços.

Ambas as alegações estão ligadas à dificuldade de produção de prova cabal do acordo, expresso ou tácito, de ajustamento de preços entre os agentes cartelizados.

Enquanto na alegação de falta de provas de acordo os agentes tentarão desqualificar as provas colhidas e produzidas pelo MPF, afirmando que este não se desincumbiu de comprovar que os agentes atuaram de forma concertada para reduzir a concorrência, na alegação de paralelismo de preços, os agentes tentarão justificar o alinhamento de preços encontrado pelo MPF com argumentos econômicos.

Recomenda-se que, desde a inicial, destaquem-se as provas colhidas durante a instrução do Inquérito Civil que permitem deduzir a existência do cartel, como os preços idênticos ou semelhantes, a despeito da estrutura de custo distinta, proximidade das alterações de preços entre todos os agentes ou a diferença do preço praticado pelos agentes com relação a mercados próximos de custo semelhante.

Deixar para dar esse destaque apenas em fases posteriores como réplica ou alegações finais pode prejudicar a obtenção de medidas liminares ou atrasar a instrução processual com a produção em juízo de provas desnecessárias.

4.11 Exemplo de Recomendação

Segue, em anexo, um exemplo de recomendação dirigida a órgão público que se omitiu ou falhou em coibir a atuação do cartel. É uma medida interessante ainda que não haja provas de que agentes públicos colaboraram com a atuação do cartel.

Trata-se de exemplo simplificado a partir de caso fictício para permitir a melhor visualização de situações comuns e as correspondentes medidas que podem ser adotadas. No material de apoio do GT, também podem ser encontradas peças completas utilizadas em casos reais.

Optou-se pelo exemplo de cartel que atua no fornecimento de merenda escolar, uma situação que tem sido detectada em diversos municípios, com ou sem a participação de agentes públicos, e que atrai a competência federal em razão da origem dos recursos.

Note-se que uma recomendação similar poderia ser dirigida a uma agência reguladora, autarquia ou ministério (ex. ANTT) com relação a um cartel de transporte interestadual ou mesmo a um ente privado (ex. um fornecedor de insumos)

para que periodicamente informasse as quantidades e valores vendidos aos agentes cartelizados.

No exemplo fictício, além da recomendação genérica de “impedir/coibir a atuação do cartel”, há a recomendação de medidas concretas a serem adotadas pelo ente, além do dever de prestar informações acerca das medidas adotadas.

As medidas mais eficientes em cada caso ficam sempre a critério do membro oficiante, mas sugere-se que tenham esse misto de obrigações concretas de agir e dever de auxiliar o MPF, ao menos com informações, no combate ao cartel.

4.12 Exemplo de Compromisso de Ajustamento de Conduta

Seguindo no caso de cartel destinado a aumento de preços na alimentação escolar, oferece-se, em anexo, um exemplo de compromisso de ajustamento de conduta.

Trata-se de exemplo simplificado a partir de caso fictício para permitir melhor visualização de cláusulas que podem ser adotadas pelo membro. No material de apoio do GT também podem ser encontradas peças completas utilizadas em casos reais.

No exemplo o compromisso foi firmado com apenas um dos membros do cartel e além da reparação de dano foram estabelecidas obrigações de não cartelização a algumas obrigações acessórias de fiscalização, bem como obrigações solidárias aos sócios e/ou administradores, visto que, em muitos municípios, estas empresas têm cunho estritamente pessoal e patrimônio esvaziado.

A forma, redação e apresentação das cláusulas são pessoais de cada membro e as obrigações e punições que se estabelecem variam de acordo com a negociação, mas espera-se que algumas delas possam servir de exemplo ou modelo para casos práticos.

ANEXOS

ANEXO A – “Aspectos Econômicos e Jurídicos sobre Cartéis na Revenda de Combustíveis: Uma Agenda para Investigações” de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Rutelly Marques da Silva.

Disponível [aqui](#)

ANEXO B – Decisão do CADE no caso do “Cartel do Aço”, processo administrativo nº 08000.015337/1997-48.

Disponível [aqui](#)

Numeração da decisão e SEI respectivo:

- Voto do Relator: fls. 1576/1626 (SEI 0091640)
- Acórdão: fls. 1629/1630 (SEI 0091640)
- Voto-Vista: fls. 1636/1644 (SEI 0091640)

ANEXO C – Decisão do CADE no caso do “Cartel da Ponte Aérea”, processo administrativo nº 08012.000677/1999-70.

Disponível [aqui](#)

Numeração da decisão e SEI respectivo:

- Voto do Relator: fls. 3343/3368 (SEI 0181856)
- Voto-vista: fls. 3372/3383 (SEI 0181856)
- Voto-vista: fls. 3398/3417 (SEI 0181856 e 0181988)
- Acórdão: fls. 3487 (SEI 0181988)

ANEXO D – Decisão do CADE no caso do “Cartel das Britas”, processo administrativo nº 08012.002127/2002-14.

Disponível [aqui](#)

Numeração da decisão e SEI respectivo:

- Voto do Relator: fls. 13.469/13.504 (SEI 0124996)
- Voto-vogal: fls. 13.505/13.514 (SEI 0124996)
- Voto-vogal: fls. 13.515/13.526 (SEI 0124996)
- Acórdão: fls. 13.532/13.533 (SEI 0124996)

ANEXO E – Decisão do CADE no caso do “Cartel de Postos de Florianópolis”, processo administrativo nº 08012.002299/2000-18.

Disponível [aqui](#)

Numeração da decisão e SEI respectivo:

- Voto do Relator: fls. 2777/2816
(com aditamento: fls. 2865/2866) (SEI 0032008)
- Voto-Vista: fls. 2824/2856 (SEI 0032008)
- Voto-Vogal: fls. 2858/2864 (SEI 0032008)
- Acórdão: fls. 2868/2872 (SEI 0032008)

ANEXO F – Decisão do CADE no caso do “Cartel dos Vigilantes”, processo administrativo nº 08012.001826/2003-10.

Disponível [aqui](#)

Numeração da decisão e SEI respectivo:

- Voto do Relator: fls. 8338/8395 (SEI 0014612)
- Acórdão: fls. 8399/8401 (SEI 0014612)

ANEXO G – Decisão do CADE no caso do “Cartel do Cimento”, processo administrativo nº 08012.011142/2006-79.

Disponível [aqui](#)

Numeração da decisão e SEI respectivo:

- Voto do Relator: fls. 62/643 (SEI 0001497, 0001508, 0001517, 0001520)
- Voto-vogal: fls. 651/657 (SEI 0001520)
- Voto-vista (versão pública): fls. 658/925 (SEI 0001520 e 0001524)
- Voto-vogal retificado: fls. 926/940 (SEI 0001524)
- Voto-vogal: fls. 941/948 (SEI 0001524)

ANEXO H – Decisão do CADE no caso do “Cartel dos Gases”, processo administrativo nº 08012.009888/2003-70.

Disponível [aqui](#)

Numeração da decisão e SEI respectivo:

- Voto do Relator: fls. 7025/7152 - SEI 0035322
- Acórdão: fls. 7163/7165 - SEI 0035322

ANEXO I – Decisão da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, processo nº ACP 2007.34.00.009984-4, no caso do “Cartel de Transporte Aéreo de Cargas”.

Disponível [aqui](#)

ANEXO J – Decisão da 6ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, processo nº ACP 2002.71.00.028099-1, no caso do “Cartel dos Cegonheiros”.

ANEXO K – Decisão da 22ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, processo nº AP 2003.71.00.007397-5, no caso do “Cartel dos Cegonheiros”.

Disponível [aqui](#)

ANEXO L – Decisão da 10ª Vara Criminal de Vitória/ES, processo nº AP 0009660-69.2008.8.08.0024, no caso do “Cartel de Combustíveis em Vitória/ES”.

Disponível [aqui](#)

ANEXO M – Pedido de afastamento do sigilo dos registros de dados telefônicos e telemáticos na esfera cível formulado pelo Procurador da República Paulo Rubens Carvalho Marques.

ANEXO N – “Manual de Advocacia da Concorrência – Cálculo de danos em cartéis – Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos” da SEPRAC, Ministério da Fazenda.

Disponível [aqui](#)

ANEXO O – Modelo de Recomendação. Disponível [aqui](#)*

ANEXO P – Modelo de Termo de Ajustamento de Conduta. Disponível [aqui](#)*

*Arquivos acessíveis apenas via intranet do MPF

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. 2016. Disponível [aqui](#). Acesso em: 3 ago. 2018.
- BARRA LIMA, Márcio. A Atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, n. 1, p. 5-23, 2018.
- CASELTA, Daniel. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GUIMARÃES, Marcelo Cesar. **Cartéis Internacionais: Desafios e Perspectivas para a Internacionalização do Direito da Concorrência**. Curitiba: Juruá, 2017.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter on Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies**. Abril de 2015. Disponível [aqui](#). Acesso em: 24 set. 2018.
- MAGGI, Bruno Oliveira. **O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil**. 2010. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível [aqui](#). Acesso em: 20 maio 2018.
- 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.
- OLIVEIRA JUNIOR, Fernando. A desconsideração da personalidade jurídica como instrumento de efetividade da defesa da concorrência. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 07, p. 207 – 239, jul.-dez. 2010.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas**. Fevereiro de 2009. Disponível [aqui](#). Acesso em: 20 ago. 2018.
- RIBAS, Guilherme Favoro Corvo. **Processo Administrativo de Investigação de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

MPF
Ministério Público Federal