



MPF/2ªCCR
FLS. _____

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO Nº 8369/2016

PROCESSO MPF Nº 1.34.033.000099/2016-02

ORIGEM: PRM – CARAGUATATUBA/SP

PROCURADORA OFICIANTE: MARIA REZENDE CAPUCCI

RELATORA: LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

NOTÍCIA DE FATO. SUPOSTA FORMAÇÃO DE CARTEL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA PREVISTO NO ARTIGO 4º DA LEI Nº 8.137/90. PROMOÇÃO DE DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NÃO HOMOLOGAÇÃO.

1. Notícia de Fato instaurada em virtude do recebimento de representação sigilosa, em que foi noticiada a suposta tentativa de controle de preço de mercadorias (combustíveis) através de acordo entre comerciantes.

2. A Procuradora da República oficiante, embora tenha concluído que “tal prática se caracterizaria como 'cartel', o que é vedado no ordenamento jurídico pátrio, cujo tema é tratado na esfera criminal pela Lei 8.137/90 em seu artigo 4º, inciso I e II, 'a', 'b', 'c'”, promoveu o declínio de atribuições ao Ministério Público Estadual, por entender que “a presente notícia de fato não traz nenhum elemento que indique crime em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas, diretamente, ou empresas públicas, falta de interesse da União, ao menos no âmbito criminal, no presente caso”.

3. Os autos foram remetidos à 2ª CCR/MPF, nos termos do Enunciado nº 32.

4. O cartel é a supressão da rivalidade entre firmas concorrentes em dado mercado por combinação entre eles. Como acordo horizontal, o cartel é um ato de concentração que se dá à revelia e na ignorância do ente federal que corresponde à nossa “autoridade da concorrência”. Essa competência é exclusiva do CADE (art. 88, § 5º, Lei 12.529).

5. Não há, com efeito, autoridade de concorrência em outro ente federativo além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, autarquia federal. Inexiste, pois, autoridade da concorrência distinta do CADE na Defesa da Concorrência, tratando-se de serviço exclusivo da União, dado pela formação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529) e estipulação de competências exclusivas para os diversos órgãos do referido Conselho. Considerado o serviço federal de controle dos atos de concentração, presente já hipótese a determinar a aplicação do artigo 109, IV da CF.

6. Por último, verifica-se que, no caso dos autos, após o recebimento da representação nenhuma diligência foi realizada, sendo evidente a necessidade de se aprofundar as investigações, sobretudo para identificar a extensão e a territorialidade da referida conduta delitiva.

7. Com essas considerações, aplicando analogicamente o Enunciado nº 69 e o Enunciado nº 70 da 2ª Câmara da 2ª Câmara, voto pela não homologação do declínio de atribuições e devolução dos autos à Procuradora da República oficiante para que realize diligências mínimas para a elucidação dos fatos e eventuais autoria e materialidade delitivas.

Trata-se Notícia de Fato instaurada em virtude do recebimento de representação, em que foi noticiada a suposta tentativa de controle de preço de mercadorias (combustíveis) através de acordo entre comerciantes na cidade de Ubatuba/SP.

A Procuradora da República oficiante, embora tenha concluído que *“tal prática se caracterizaria como 'cartel', o que é vedado no ordenamento jurídico pátrio, cujo tema é tratado na esfera criminal pela Lei 8.137/90 em seu artigo 4º, inciso I e II, 'a', 'b', 'c'”*, promoveu o declínio de atribuições ao Ministério Público Estadual, por entender que *“a presente notícia de fato não traz nenhum elemento que indique crime em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas, diretamente, ou empresas públicas, falta de interesse da União, ao menos no âmbito criminal, no presente caso”*.

Os autos foram remetidos à 2ª CCR/MPF, com fundamento no Enunciado nº 32.

É o relatório.

Com a devida vênia da Procuradora da República oficiante, a competência é federal.

A respeito do tema, ressalto a existência do GRUPO DE COMBATE A CARTÉIS, no âmbito da Procuradoria da República no Estado de São Paulo – unidade da capital, constituído pela Portaria nº 1.140/2010, com atribuição para atuar com exclusividade, a partir de 09 de agosto de 2010, nos procedimentos extrajudiciais, cíveis e criminais, relacionados ao tema, distribuídos a partir daquela data, bem como nos demais processos judiciais e procedimentos deles decorrentes.

Segundo informações de um de seus integrantes, o Procurador da República Rodrigo de Grandis, na concepção do Grupo, todos os cartéis são de competência federal, na forma do art. 109, IV, da Constituição de 1988. *“Entendemos, em síntese, que a hipótese criada pela jurisprudência do STJ (cartéis interestaduais são federais) não tem assento constitucional. Usamos*

como raciocínio analógico os crimes da Lei n.º 6.385/1976 (manipulação do mercado, insider trading etc.), sobre os quais o STJ tem entendido pela competência federal em todas as hipóteses”.

Ainda, sobre a competência em crimes de cartéis, transcrevo parte da manifestação do Procurador da República Márcio Schusterschitz da Silva Araújo, nos autos do Processo nº 0005207-80.2016.403.6181 (exceção de incompetência para a Ação Penal 0002506-49.2016.403.6181), tramitada perante a 5ª Vara Federal Criminal – Seção Judiciária de São Paulo, que adoto como parte integrante deste voto, *in verbis*:

Sabe-se que a competência da Justiça Federal é determinada constitucionalmente. Como coloca a própria exceção, a regra básica para essa competência é aquela do inciso IV, do artigo 109 da Constituição Federal: “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

[...]

A observação base sobre a competência federal incidente no caso é fazer distinção o inciso IV, do artigo 109, entre bens, serviços e interesses da União. Ou seja, a competência federal pode surgir de uma agressão penalmente relevante (ou colocação típica em risco), tanto de um bem, quanto de um serviço ou, finalmente, também de um interesse. Não há que se ver cumulação.

[...]

Nesse ponto, é relevante relembrar o cartel como um acordo de não concorrência e fixação de preços em um determinado mercado relevante.

O cartel mexe, assim, com dois binômios do Antitruste – estrutura e conduta; horizontal e vertical (envolveremos um terceiro – conduta unilateral/colusão, a seguir).

No Direito Penal, o cartel é um delito permanente e, com mais relevância para o presente, formal. Ou seja, ele é a formação do acordo. As vendas posteriores seriam simples exaurimento do delito. A conduta, por exemplo, das firmas oportunistas dentro do próprio cartel, como posteriores ao acordo em si, são irrelevantes para o reconhecimento do delito.

Ao ser um acordo, a rigor, o cartel é uma alteração da próprio estrutura do mercado. O mercado cria uma nova estrutura para um lugar da economia.

Além do mais, essa alteração na estrutura é feita, precisamente, por uma concentração horizontal (entre concorrentes).

Ao assim ser, o cartel é um delito de dupla lesividade. Um delito que afeta os bens jurídicos que são indicados na segunda parte do artigo 1º da Lei Antitruste, e um delito que afeta também a primeira parte daquele artigo, que estabelece a institucionalidade do antitruste, o grupo de competências administrativas sobre o mercado (“Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC...”).

Vale lembrar que, dentro desse grupo de competências está precisamente o controle das estruturas do mercado e das concentração, especialmente as

horizontais (Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal (CADE), dentre outras atribuições previstas nesta Lei:...V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:...X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:... IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.)¹.

Interessante observar aqui – nesse ponto já falando da distinção entre condutas unilaterais e colusão – que a Lei 12.529 reduziu, na Lei 8.137, o rol de crimes contra a livre concorrência, deixando, precisamente, apenas aqueles que cuidam de acordos (concentrações ilícitas). O próprio legislador trouxe, assim, a aproximação entre os delitos positivados no Brasil, contra a livre concorrência, com a competência administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para o controle de concentrações. E aquele vale ressaltar um ponto já constante da cota e que dá relevância à própria interestadualidade – não existe competência concorrente, comum ou, sequer, subsidiária, dos Estados para o controle administrativo de concentrações em mercados interestaduais (o Estado de São Paulo, por exemplo, não pode autorizar uma concentração vedada pelo CADE, ou negar a validade, em São Paulo, para uma autorizada pela Autoridade Antitruste Nacional).

Presente, pois, por também esse fundamento, na denúncia, a narração de um delito que se enquadraria na regra de competência federal.

3. Interesse federal. Interesse econômico-político no mercado nacional. Lógica federativa. União como agente normativo e regulador da atividade econômica nacional (art. 174)

Importante, também, falar de interesse federal, como elemento suficiente para a competência federal, conforme inciso IV, artigo 109, Constituição Federal (e aqui, igualmente, a interestadualidade terá grande relevância).

Para tanto, de se notar que:

¹Daí se haver dito na cota introdutória, “O cartel é a supressão da rivalidade entre firmas concorrentes em dado mercado por combinação entre eles. É um acordo horizontal. Ao afastar a rivalidade entre concorrentes, esse acordo permite às firmas aproveitamentos que não seriam próprios em um mercado em competição - assim o aumento dos preços, o controle da produção, controle dos esforços com inovação ou promoção de produtos, por exemplo. Em regra, os cartéis servem para o incremento do lucro ou da margem por unidade produzida, seja pelo incremento do preço, seja pela redução dos custos ou riscos. O cartel é um delito permanente constituído por um acordo relacional (com duração no tempo, corrigindo-se e adaptando-se) entre firmas com atuação em um dado mercado relevante. É, assim, um acordo horizontal (entre firmas em um mesmo mercado), que fundamenta o falseamento da concorrência (substituição da competição entre firmas em um dado mercado por uma ação concertada). Em resumo, o cartel é um acordo em lugar da concorrência, havendo combinação de preços e/ou distribuição de clientes (em sua tipificação penal, art. 4º, II, “a” e “b”, da Lei 8.137). Como acordo horizontal, o cartel é um ato de concentração que se dá à revelia e na ignorância do ente federal que corresponde à nossa “autoridade da concorrência”. Essa competência é exclusiva do CADE (art. 88, § 5º, Lei 12.529). Com efeito, não se permite que qualquer Estado adote um procedimento próprio para controle de quaisquer atos de concentração, distinto do procedimento do CADE, em relação ao mercado relevante nacional. Não há, com efeito, autoridade de concorrência em outro ente federativo além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, autarquia federal. Inexiste, pois, autoridade da concorrência distinta do CADE na Defesa da Concorrência, tratando-se de serviço exclusivo da União, dado pela formação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529) e estipulação de competências exclusivas para os diversos órgãos do referido Conselho. Considerado o serviço federal de controle dos atos de concentração, presente já hipótese a determinar a aplicação do artigo 109, IV da CF.”

Em se tratando de competência penal, o interesse da União a ser averiguado difere um pouco do interesse considerado na seara cível. Não se exige que o interesse da União no julgamento e processamento do feito seja efetivamente jurídico, bastando o interesse econômico ou moral (político-social) na causa. Vale dizer, a fixação da competência da Justiça estadual para processar e julgar ação civil não importa na fixação da competência desta para o julgamento dos crimes relacionados. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. - STJ, RHC 40.269

Em toda federação há um definitivo interesse econômico. Toda federação, por seu lado econômico, é uma região de livre comércio. A União cria uma zona de livre comércio indisponível aos Estados e indisponível aos particulares. Assim, dentro do mercado doméstico, por definição, deve haver livre trânsito, abertura (livre entrada de firmas), vedação de distinções de origem geográfica, vedação de barreiras internas, vedação de preferências locais, dentre outros efeitos. O mercado nacional é construído, externamente, pela competência federal sobre o comércio internacional (artigo 237 da Constituição). Internamente, o mercado nacional é construído precisamente (e sem redundância) pela natureza nacional da economia política (da relação entre economia e política), a, novamente, sem redundância, a “nacionalizar” a atividade econômica não local.

Define-se, assim, um interesse econômico, de origem federativa e constitucional, da União sobre o mercado nacional (ou, ao menos, interestadual) – e o cartel é, precisamente, a “privatização” das decisões sobre a estrutura de um mercado relevante nacional por pessoas, as firmas cartelizadas, sem disponibilidade sobre ele.

Nesse ponto, enquadra-se precisamente essa tendência de reconhecimento da competência federal para os crimes que ofendam, transversalmente, ou transindividualmente, os grandes sistemas regulatórios econômicos. E, assim, com fundamento no inciso IV, não o VI, do artigo 109:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. ART. 27-D DA LEI N. 6.385/76. CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. USO INDEVIDO DE INFORMAÇÕES PRIVILEGIADAS. INSIDER TRADING. FALTA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. APLICAÇÃO DO INCISO IV DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. A princípio, o crime em questão - insider trading -, tipificado no art. 27-D da Lei n. 6.385/76, não atrairia a competência da Justiça Federal, levando-se em conta o art. 109, VI, da CF, cujo texto reza que compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira nas hipóteses determinadas por lei; a Lei n. 6.385/76 assim não dispõe. Ocorre que, a despeito da Lei n. 6.385/76 não prever a competência da Justiça Federal, mostra-se claro que a conduta delituosa prevista no seu art. 27-D afeta diretamente o interesse da União, porquanto a utilização de informação privilegiada pode gerar lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao pôr em risco a confiabilidade dos investidores no mercado de capitais, aniquilando a confiança e a lisura de suas atividades. Nesse caso, aplica-se o inciso IV do art. 109 da Carta Magna, que fixa a competência da Justiça Federal quando o delito ofender bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. O art. 109, VI, da Constituição Federal não tem prevalência sobre o disposto no seu inciso IV, podendo ser aplicado à espécie, desde que caracterizada a relevância da questão e a lesão ao interesse da União, ensejando a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito. (CC 82.961/SP,

Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 22/06/2009). Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitado” - STJ, CC 135749

Conforme destacado, *“O cartel é a supressão da rivalidade entre firmas concorrentes em dado mercado por combinação entre eles. É um acordo horizontal. [...] Como acordo horizontal, o cartel é um ato de concentração que se dá à revelia e na ignorância do ente federal que corresponde à nossa “autoridade da concorrência”. Essa competência é exclusiva do CADE (art. 88, § 5º, Lei 12.529). Com efeito, não se permite que qualquer Estado adote um procedimento próprio para controle de quaisquer atos de concentração, distinto do procedimento do CADE, em relação ao mercado relevante nacional. Não há, com efeito, autoridade de concorrência em outro ente federativo além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, autarquia federal. Inexiste, pois, autoridade da concorrência distinta do CADE na Defesa da Concorrência, tratando-se de serviço exclusivo da União, dado pela formação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529) e estipulação de competências exclusivas para os diversos órgãos do referido Conselho. Considerado o serviço federal de controle dos atos de concentração, presente já hipótese a determinar a aplicação do artigo 109, IV da CF.”*

Por último, verifica-se que, no caso dos autos, após o recebimento da representação nenhuma diligência foi realizada, sendo evidente a necessidade de se aprofundar as investigações, sobretudo para identificar a extensão e a territorialidade da referida conduta delitiva.

Com essas considerações, aplicando analogicamente o Enunciado nº 69² e o Enunciado nº 70³ da 2ª Câmara da 2ª Câmara, voto pela não

² **Enunciado nº 69:** Quando, em análise de promoção de arquivamento, a 2ª CCR determinar a realização de diligências preliminares e imprescindíveis à sua decisão, os autos serão devolvidos ao membro que promoveu o arquivamento para cumprimento das diligências. (120ª Sessão de Coordenação, de 17.10.2016)

³ **Enunciado nº 70:** Quando a 2ª CCR não homologar declínio de atribuições submetido sem análise de mérito sobre o prosseguimento dos autos, estes poderão ser devolvidos ao membro que declinou das atribuições. (120ª Sessão de Coordenação, de 17.10.2016)

homologação do declínio de atribuições e devolução dos autos à Procuradora da República Maria Rezende Capucci para que realize diligências mínimas para a elucidação dos fatos e eventuais autoria e materialidade delitivas.

Devolvam-se os autos à origem para cumprimento, com as homenagens de estilo.

Brasília, 30 de novembro de 2016.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora – 2ª CCR

/T.