

LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CONTROLE DE ESTRUTURAS A PARTIR DE EMBRAER/BOEING

Bruno Polonio Renzetti

Gustavo Osna

Resumo: Este artigo busca interpretar a legitimidade recursal do MPF no controle de estruturas a partir de uma análise holística do microsistema de processo coletivo brasileiro, oferecendo opinião sobre a legalidade e a eficácia da atuação do *Parquet* como legitimado para interpor recursos em atos de concentração. O CADE decidiu sobre tal questão no julgamento da operação entre Embraer e Boeing. A maioria do Tribunal entendeu pela ilegitimidade do MPF para interposição de recurso, mas o voto divergente do Presidente do Tribunal levantou importantes discussões sobre a função do CADE e do MPF na proteção de direitos metaindividuais.

Palavras-Chave: Ministério Público; Legitimidade Recursal; Processo Coletivo; Direitos Metaindividuais; Controle de Estruturas.

Keywords: Competition; Merger Control; Class Actions; Public Prosecutor; Collective Rights.

1. A questão do presente artigo: legitimidade recursal do ministério público federal no controle de estruturas

São bastante limitadas as possibilidades de interposição de recursos em face de decisões exaradas tanto pela Superintendência-Geral (“SG”) quanto pelo Tribunal Administrativo do CADE, bem como os legitimados para tanto. Em sede de controle de condutas, a Lei n. 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “LDC”) disciplina em seu art. 65 o recurso contra decisão de aprovação do ato de concentração pela SG. De acordo com o art. 65, I, são legitimados para interpor recurso os terceiros interessados ou, em caso de mercados regulados, a agência

reguladora do setor econômico sob análise¹. A regra também está presente no art. 121 do Regimento Interno do CADE (“RICADE”).

Em agosto de 2019, foi submetido ao CADE o Ato de Concentração n. 08700.003896/2019-11, entre as partes Boeing Brasil Serviços Técnicos Aeronáuticos Ltda. (“Boeing”) e Embraer S/A (“Embraer”). O arranjo societário levado à análise da autoridade antitruste previa a aquisição de 80% do capital social da Embraer pela Boeing e o controle exclusivo sobre o negócio de aviação comercial. Além disso, previa a criação de um *joint venture* entre as empresas, para negócios relacionados à aeronave militar KC-390, originalmente projetada pela Embraer.

A operação foi aprovada sem restrições pela Superintendência-Geral do CADE, acolhendo o Parecer n. 1/2020/CGAA4/SGA1/SG. Ao longo do Parecer, o mercado relevante que mais levantou preocupações concorrenciais à SG foi o de aeronaves comerciais de corredor único com capacidade de 100 a 150 assentos e demandou maior escrutínio da autoridade antitruste. Todavia, após analisar questões relativas à rivalidade, portfólio, poder coordenado e probabilidade de exercício de poder de mercado, além de conduzir extenso teste de mercado, a SG concluiu que os portfólios das empresas requerentes eram, em verdade, complementares. A operação, portanto, tornaria a Boeing mais competitiva, acirrando a competição com a Airbus. Desta feita, a operação foi aprovada sem restrições pela SG².

Como visto, a decisão de aprovação de ato de concentração pela Superintendência-Geral é passível de recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, de acordo com o art. 65 da LDC. No caso entre Embraer/Boeing, foi o Ministério Público Federal junto ao CADE (“MPF/CADE”) que interpôs recurso contra o entendimento exarado pela SG, pugnando pela remessa e julgamento do ato de concentração pelo Tribunal do CADE.

¹ Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

² Despacho SG n. 70/2020.

Mesmo que o mérito do recurso não seja objeto do presente artigo, cumpre somente assinalar que as razões recursais do MPF/CADE versavam sobre a necessidade de análise mais profunda dos mercados relevantes definidos pela SG³, especialmente o mercado de aviação comercial inferior a 100 assentos e o possível poder de portfólio decorrente da operação.

O recurso foi distribuído à relatoria do Conselheiro Luiz Hoffmann. Em seu Despacho Decisório n. 6/2020/GAB6/CADE, apresentado para homologação do Tribunal do CADE, o Conselheiro Hoffmann não conheceu o recurso apresentado pelo MPF/CADE, por ter considerado ausente o requisito de legitimidade recursal do *Parquet* Federal no âmbito de ato de concentrações, de acordo com o disposto no art. 65 da LDC e art. 121 do RICADE⁴. A maioria do Tribunal acompanhou o entendimento do Relator, com exceção do Presidente Alexandre Barreto⁵, o qual apresentou voto divergente, entendendo, sim, pela legitimidade

³ É curioso notar que o recurso apresentado pelo MPF/CADE não buscava reverter o mérito da decisão de aprovação sem restrições pela SG, mas sim, nas palavras do *Parquet* Federal, visava apenas o aprimoramento da decisão, com finalidade quase de embargos de declaração.

⁴ O Conselheiro Hoffmann fundamenta muito de sua decisão a partir de uma arqueologia do processo legislativo da Lei n. 12.529/2011. Hoffmann anota que o art. 20 da LDC restringe a atuação do MPF aos “processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica”, em oposição ao art. 12 da antiga Lei n. 8.884/94, a qual dispunha que o MPF poderia “oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE”. Teria havido, assim, uma escolha explícita do legislador em restringir a atuação do MPF somente aos processos administrativos para imposição de sanções, e não em qualquer processo perante o CADE, excluindo a atuação do MPF em atos de concentração.

⁵ Em seu voto, o Presidente Alexandre Barreto deixa claro que adota uma interpretação mais ampla quanto às prerrogativas do MPF junto ao CADE. Sua opinião quanto à legitimidade do MPF para intervir em atos de concentração está lastreada em três pontos principais, a saber: (i) aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no âmbito dos processos administrativos do CADE, em especial o art. 996; (ii) aplicação da Súmula n. 99 do Superior Tribunal de Justiça, a qual versa que “o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”; por fim, (iii) aplicação da Resolução Conjunta CADE/PGR n. 01/2016, a qual prevê a possibilidade do MPF em se manifestar, a qualquer tempo, em todas as espécies de procedimentos, bem como interpor recurso ao Plenário contra decisões da SG que aprovam atos de concentração.

recursal do MPF/CADE nos casos de atos de concentração. Houve também a apresentação de voto-vogal pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani, acompanhando o relator.

Tendo como pano de fundo a discussão ocorrida no ato de concentração entre Embraer e Boeing, o presente artigo propõe uma diferente abordagem da legitimidade recursal do MPF no âmbito do CADE. Partindo da premissa de que o CADE tutela interesses metaindividuais, seria razoável extrair das funções institucionais do MPF sua ampla legitimidade para atuar amplamente nos procedimentos conduzidos pelo Conselho, mesmo na ausência de previsão expressa na LDC e no RICADE?

2. Premissas necessárias: a natureza dos bens jurídicos tutelados pelo Cade e a função institucional do ministério público

A Lei de Defesa da Concorrência é muito clara ao dispor em seu art. 1º, parágrafo único, que “*a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei*”. Em que pese não ter listado de maneira expressa quais são os bens jurídicos protegidos pela lei, o fato de a coletividade ser a sua titular nos fornece elementos suficientes para afirmar que a LDC tutela bens jurídicos metaindividuais, não sendo objeto da LDC a proteção de concorrentes ou de mercados específicos⁶.

Reconhecer que a LDC tem como objetivo tutelar direitos metaindividuais implica também o reconhecimento de que tais direitos pertencem a grupos ou a própria coletividade, de forma que sua tutela não busca proteger interesses inerentes a um único sujeito, mas sim satisfazer interesses de essência transindividual. No caso do direito da concorrência,

⁶ Calixto Salomão Filho aponta que direito concorrencial não deve proteger mercados, mas sim a instituição da concorrência. Assim, ainda segundo o mesmo autor, “o direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma legal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*, p. 62).

tais interesses seriam exatamente a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, como colocado no artigo inaugural da LDC.

Em que consistiria, porém, a peculiaridade dessa espécie de interesse? De que maneira se deve compreendê-la dentro de nosso sistema jurídico, e como isso deve impactar a atuação judicial e administrativa voltada à sua efetivação?

As indagações possuem relevância central e levam a um caminho que tem sido gradualmente desvendado em nossa realidade, especialmente ao longo da segunda metade do último século. Em síntese, é possível salientar em um breve recorte que a essência liberal de nosso pensamento jurídico, entre outros aspectos, levou à sua construção ao redor de olhares e de enfoques essencialmente *individuais*. A centralização de poderes, elementar à própria estruturação estatal, conduziu a uma tentativa de dispersão entre o *público* e o *privado*. Assim, em termos didáticos, seria comumente despercebida a possibilidade de que entre o *interesse de Estado* e o *direito subjetivo particular* pudesse haver uma região de penumbra; pudesse existir alguma esfera de interesse que, confrontada com esses polos, não se subsumisse a qualquer um. E é exatamente essa a premissa que consolida a compreensão dos interesses metaindividuais⁷.

De fato, o exemplo mais elucidativo que costuma ser trazido nesse contexto, por força de sua própria clareza, é aquele dado pela proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Afinal, como é perceptível, não há sujeito (ou mesmo grupo delimitado de sujeitos) que possa renunciar legitimamente à proteção desse interesse. Do mesmo modo, sua tutela também é visivelmente incompatível com qualquer tentativa de fracionamento individual – mostrando-se rigorosamente inidônea a tentativa de atribuir a alguém, razoavelmente, a sua quota ou o seu quinhão de tal bem jurídico. Em poucas palavras, ou ele é protegido coletivamente, ou sua proteção não ocorre. Por mais que não se trate de direito subjetivo, atomicamente titularizado por quem quer que seja, sua importância é atualmente vista como elementar.

⁷ Sobre o tema, ver por todos, *passim*, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

Dando um passo a mais, é interessante notar que o exemplo também é rico na medida em que a proteção do meio ambiente, na verdade, não é recente em nosso ordenamento. Pelo contrário, sua positivação já era expressamente prevista, por exemplo, nas próprias ordenações. Ocorre que ali, a partir da visão míope previamente destacada, considerava-se que o bem jurídico em questão pertenceria ao *próprio Estado*. Seria ele o ator normativamente previsto como seu titular⁸. Superada a dicotomia absoluta entre a esfera estatal e o indivíduo, nota-se o equívoco desse pressuposto. Na verdade, em muitas hipóteses a tutela de interesses metaindividuais não deverá ser imposta *pelo* Poder Público, mas sim em face dele.

Foi partindo dessa premissa que, em termos legislativos, pensou-se em nosso sistema no remédio da Ação Popular. Em resumo, haveria aí um instrumento propício, disponibilizado ao próprio cidadão, para atuar na defesa de direitos essencialmente transindividuais⁹. Na sequência, ampliando e aprimorando esse regime, textos como a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor passaram a conferir tratamento mais amplo à proteção dessa espécie de interesse (ali,

⁸ “Até mesmo as Ordenações do Reino tratavam da proteção ambiental, estabelecendo, por exemplo, como crime de “injúria ao rei” o corte de árvores frutíferas (Ordenações Afonsinas, Livro V, Título LIX) ou vedando o lançamento de produtos que pudessem matar peixes nos rios e lagoas (Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXVIII). A alusão à “injúria ao rei”, antes mencionada, é interessante porque remete à técnica tradicional de proteção desses interesses (hoje qualificados como metaindividuais) naquela época: atribuir sua titularidade ao Estado ou a quem o representasse. Assim também ocorreu no Brasil mais recente, em que tradicionalmente direitos como o meio ambiente (florestas, rios etc.) ou o patrimônio público (aí incluído o patrimônio artístico e cultural) eram atribuídos ao Poder Público, como se fossem bens seus”. (ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. p. 72).

⁹ Sobre o tema, ver CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n.77, 1995. p. 225-228. Ainda, reconhecendo a ação popular como um “instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade”, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 464.

artificialmente segmentada em “*difusos*” e “*coletivos*” em sentido estrito)¹⁰. Formou-se, com isso, estrutura usualmente vista como um “*microsistema*” de processo coletivo. E é certo que, nesse palco, ganham especial importância tanto a proteção da concorrência quanto à atividade do Ministério Público.

Realmente, é possível estabelecer com relativa clareza que a tutela da concorrência, *de per se*, possui uma ampla dimensão de proteção metaindividual. A questão foi enfatizada acima, a partir da própria dicção da LDC. Sob esse prisma, cumpre anotar que o próprio Regimento Interno do CADE exclui da competência da autoridade da concorrência a apreciação de casos que se configurem como lide privada¹¹. Por sua vez, uma lide pode ser definida como privada quando os efeitos da disputa em questão se restringem às partes envolvidas, sem qualquer impacto à concorrência e, conseqüentemente, com ausência de efeitos sobre a coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados pelo CADE, afastando a competência de análise do caso pela autoridade da concorrência.

Este entendimento acerca da lide privada já foi inclusive esposado pelo CADE em diversas ocasiões. Por exemplo, a Superintendência-Geral promoveu despachos de arquivamento de inquérito administrativo exatamente com fulcro na existência de lide privada. Em recente decisão, consignou claramente que a existência de disputas judiciais entre concorrentes não é capaz de atrair a competência do CADE para a discussão, por não irradiar efeitos sobre o mercado em que estão inseridas e seus

¹⁰ A segmentação é criticada em ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. p.66 e ss. Também nesse sentido, ver GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 209-211. Ainda, propondo uma nova conceituação de referidos interesses (a partir de seu espectro de difusão), VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

¹¹ “Art. 134. A Superintendência-Geral decidirá a respeito do cabimento da instauração de qualquer dos tipos processuais previstos no Lei n. 12.529, de 2011. (...) §2º Não será admitida a instauração de qualquer das espécies de tipos processuais previstas na Lei n. 12.529, de 2011, para apurar fatos que constituam lide privada, sem interesse para a coletividade, bem como a partir de representação que, na narrativa dos seus fatos e fundamentos, não apresente elementos mínimos de inteligibilidade”.

demais atores¹². Em outra ocasião, a SG assentou não ser competência do CADE lidar com meros descumprimentos contratuais entre agentes econômicos quando não se verifiquem efeitos atentatórios ao ambiente competitivo¹³.

Por outro lado, apreciando a dinâmica de proteção dos interesses metaindividuais, parece também inequívoco que o Ministério Público possui papel de protagonista nesse palco. É assim que, não raramente, sua legitimação para esse fim (alterando a opção originalmente posta pela Ação Popular) é apontada como um dos principais e mais decisivos passos para a consolidação do tema na realidade brasileira¹⁴. A questão foi posta pela Lei de Ação Civil Pública e corroborada pelo Código de Defesa

¹² “Do exame de todas as medidas litigiosas de lado a lado, concluiu-se que há animosidade e beligerância intensas entre as partes, que, entretanto, não se refletem em medidas contra os demais concorrentes do mercado, o que reforça sobremaneira a conclusão de que se trata de lide privada”. (Inquérito Administrativo n. 08700.000015/2018-20. Representante: Warie Industrial Ltda. Representado: JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S/A. Nota Técnica nº 12/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE).

¹³ “O CADE já se manifestou diversas vezes no sentido de que não cabe a essa autarquia decidir sobre lides privadas ou avaliar a existência de descumprimento de relação contratual entre as partes que não gere como consequência um prejuízo à ordem econômica e à defesa da concorrência, ou mesmo a existência de exercício abusivo de prerrogativa contratual, se esta não vier a interferir nas relações de concorrência no mercado, com impactos à coletividade, beneficiária da atuação do CADE.” (Inquérito Administrativo nº 08700.004661/2014-32, Representante: Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, Representado: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev, Nota Técnica nº 14/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE).

¹⁴ Realmente, a assertiva se justifica na medida em que, usualmente, o modelo de legitimidade ao cidadão conferido pela ação popular foi reputado como insuficiente. Nesse sentido, Arenhart afirma que “uma rápida análise da lei pode demonstrar que o seu grande defeito reside na legitimação conferida; embora represente louvável homenagem à democracia participativa, permitindo que qualquer cidadão possa ir a juízo para a proteção do patrimônio público, é certo que o indivíduo normalmente não tem condições (econômicas, jurídicas e mesmo interesse efetivo) de postular, perante o Judiciário, em oposição à Administração Pública ou a grandes empresas (eventualmente beneficiadas pelo ato lesivo), na proteção a um patrimônio que não seja exclusivamente seu e cujo vínculo se mostre excessivamente tênue para formar no cidadão, em regra, a vontade de agir em benefício desse interesse”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. p.152).

do Consumidor. Ainda, possui amparo expresso em textos como o art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência, ratificando sua compatibilidade com a atuação no campo concorrencial.

De fato, ao tratar sobre a propositura de ações privadas para a cessação de infrações à ordem econômica ou para o recebimento de indenizações por danos sofridos decorrentes de condutas anticompetitivas, o art. 47 da LDC estabelece que a propositura da referida ação cabe aos próprios prejudicados ou aos legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. Tal rol elenca os legitimados para a tutela de interesses coletivos e difusos dos consumidores, demonstrando, mais uma vez, que a Lei de Defesa da Concorrência busca a consagração da proteção de direitos metaindividuais¹⁵. Imperioso concluir, assim, na esteira do que preceitua Paula Forgioni¹⁶, que a defesa da concorrência não se faz apenas nos procedimentos administrativos perante o CADE, mas também na esfera judicial. Nesse sentido, o Ministério Público possui importante função, considerando sua posição de legitimado para a propositura de ações

¹⁵ “Em análise descuidada, pode-se imaginar que as ações *stand alone* seriam inerentes a interesses meramente privados (individuais homogêneos), diretamente relacionados à parte que ingressou com a ação no Judiciário. Tal conclusão, no entanto, é equivocada. Muito embora o proponente da ação possua interesse individual na cessação da prática que constitua infração à ordem econômica, o caráter difuso da Lei de Defesa da Concorrência permanece, tendo em vista a necessidade de caracterizar a conduta como infração à ordem econômica. (...) Caso a conduta questionada por uma ação *stand alone* não seja caracterizada como uma infração à ordem econômica descrita no art. 36, da Lei n. 12/529/2011, não há que se falar em violação à Lei de Defesa da Concorrência. Pode até ser algum ilícito e causar danos à parte autora, mas eventual condenação não poderia ser fundamentada na Lei de Defesa da Concorrência”. (CUNHA, Vinícius Hercos da. Panorama e Efeitos das Ações *Stand Alone* no Poder Judiciário. In.: *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 213-214).

¹⁶ “Entre nós, o desconhecimento da lei antitruste impede que a defesa das empresas e dos consumidores seja realizada de forma plena, inclusive e especialmente perante o Poder Judiciário. Repita-se: a defesa da concorrência não se faz apenas no âmbito do CADE, mas também na esfera judicial, como bem explicita o art. 47 da Lei brasileira.” (FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 156).

privadas, as quais se mostram essenciais para o *enforcement* privado do direito da concorrência¹⁷.

3. A atividade recursal do MPF como elemento capaz de reforçar (e legitimar) a autoridade das decisões do Cade

A partir dos aspectos indicados no tópico anterior, parece ainda que, além de possuir amparo legal e de dialogar com as próprias funções institucionais do *Parquet*, o reconhecimento de legitimidade recursal ao Ministério Público no âmbito do CADE pode reforçar um aspecto de suma importância para a atuação do Conselho: a legitimidade, e a consequente autoridade, das suas decisões. Nesse sentido, considera-se que há aí um importante argumento para reduzir seu espaço de revisão superveniente – prestigiando-se, com isso, sua atividade.

O raciocínio proposto passa, em grande medida, pelo reconhecimento indicado no tópico anterior de que o Ministério Público ocupa atualmente o papel de protagonista em nosso desenho de proteção de interesses metaindividuais. A questão é vivenciada em termos práticos, sendo, ainda, objeto de reconhecimento até mesmo em doutrina comparada¹⁸. Seu funcionamento institucional, seus pilares de autonomia e sua

¹⁷ “O particular, o Ministério Público e as outras pessoas mencionadas no texto legal, ao se depararem com a prática de infração à ordem econômica, podem propor ação judicial sem que haja procedimento administrativo instaurado, ou ajuíza-la no curso desse mesmo procedimento.” (FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 158).

¹⁸ Sobre o tema, McAllister assim chegou a pontuar: “most interesting aspect of the public civil action in Brazil is not the procedural instrument itself, but the legal institution that has been key in establishing and using the public civil action to enforce statutory and constitutional rights. This legal institution is the Brazilian Ministério Público or, using its French name, the Ministère Public—the prosecutorial institution that constitutes the civil law tradition’s analog to the Attorney General in common law countries. In the late 1970s, the Italian legal comparativist Mauro Cappelletti identified the Ministère Public as a “promising institution” for the legal defense of group and public interests.⁷ In Brazil, to a greater extent than in other civil law countries, prosecutors have shown signs of living up to this promise”. (MCALLISTER, Lesley K. Revisiting a “Promising Institution”: Public Law Litigation in a Civil Law

composição funcional caminham largamente nesse sentido. Ato contínuo, admitindo-se francamente o papel desse *player* como legitimado recursal no âmbito do CADE, reforçam-se as decisões da autoridade da concorrência. O raciocínio é bastante óbvio: permitida a sua impugnação pelo órgão ministerial, torna-se inequívoco que seus termos zelam pelo interesse metaindividual litigioso.

Realmente, uma vez reconhecido o espaço para a atuação do *Parquet*, não incumbiria a ele um *poder-dever* de apresentar irresignação nas hipóteses de eventual prejuízo à coletividade? Nesse caso, não haveria uma internalização, pelo próprio Conselho, de um debate que fatalmente tenderia a ser posteriormente realizado em sede jurisdicional e fora dos seus muros? Sendo esse o caso, a postura aqui defendida não reforçaria, por definitivo, o papel do CADE?

Considerando essa gama de aspectos, acredita-se que, efetivamente, reconhecer legitimidade recursal ao Ministério Público representa um caminho de ampliação do debate no âmbito do Conselho e, potencialmente, de eventual mitigação de um possível *judicial review*. Ressalta-se que não se está aqui advogando pela impossibilidade de revisão de decisões do CADE pelo Poder Judiciário ou de exercício de acesso à justiça por aqueles que se sentirem prejudicados. Na verdade, procura-se demonstrar que a ampliação das atividades recursais do Ministério Público junto ao CADE teria o condão de revestir de maior legitimidade as decisões do Conselho - dado que haveria, ainda no âmbito administrativo, valorização do devido processo legal e de garantias processuais, minorando espaço para discussões puramente procedimentais em eventuais ações judiciais. Caminha-se, com isso, no sentido exato de valorização da atividade do órgão de defesa da concorrência.

World. In. *Georgia State University Law Review*. n.23. Atlanta: Georgia State University, 2008. p.694).

4. Da legitimidade formal à representatividade: uma breve nota (ou ressalva) sobre a atividade do MPF

Por fim, contudo, há ainda uma última ressalva a ser aqui apresentada. Em essência, foi sustentado nos tópicos anteriores que: (i) a atuação do CADE envolve, por força de sua própria vocação institucional, a proteção de interesses de essência metaindividual; e, (ii) nesse sentido, o reconhecimento de que o Ministério Público ostenta legitimidade recursal nesse campo é consentâneo com as próprias atribuições do *Parquet* – podendo também servir como elemento capaz de reforçar a autoridade das decisões proferidas pelo Conselho. Assim, considerando essas premissas, há um alerta que se torna necessário: referida atuação, embora possível e relevante, não deve ser vista como panaceia. Em resumo, se a atuação ministerial é aqui cabível devido à natureza transindividual dos direitos em debate, é necessário que também a preocupação ligada à *legitimidade material* desse agir seja admitida na seara concorrencial.

Para compreender essa observação, é importante notar que, nas páginas anteriores, o problema posto consistiu essencialmente em uma indagação de gênese formal e legislativa. Em poucas palavras, procurou-se oferecer resposta à seguinte indagação: há, em nosso atual sistema normativo, justificativa e fundamento para o reconhecimento amplo de legitimidade recursal ao Ministério Público em relação às decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica?

Como sinalizado, concluiu-se que a indagação deve ser respondida de modo positivo. Mais que isso, foi também salientado que essa atuação, além de provida de amparo normativo, poderia servir como relevante fator para tutelar a efetividade das funções desenvolvidas pelo CADE. Esse segundo ponto, contudo, demonstra a importância de que também se passe a um nível subsequente de indagações: ainda que a atividade recursal do Ministério Público no âmbito do Conselho seja *legalmente legítima*, ela também o será, necessariamente, sob uma perspectiva *material*? Em outros termos, por mais que haja autorização normativa, esse elemento deve esgotar a preocupação com o agir do *Parquet*, tratando-se do único critério relevante?

As respostas não parecem necessariamente positivas. E isso porque, mesmo em palcos nos quais a atuação ministerial voltada à tutela de direitos metaindividuais já é bastante consolidada, há a percepção contemporânea de que a autorização *legislativa* para essa atividade não deve inibir um *zelo material* ligado ao conteúdo e à forma como ela ocorre. Emprestando leitura trazida por Junqueira de Azevedo no âmbito do direito civil, as preocupações, na verdade, parecem se situar em *planos diversos*: aferir se o Ministério Público *pode* legalmente exercer atividade recursal na esfera do Conselho Administrativo de Defesa Econômica corresponde a avaliar a *legalidade* desse aspecto; por outro lado, investigar em termos *materiais* e circunstanciais essa conduta, observando o modo de seu exercício, é medida voltada a extrair sua *eficácia*¹⁹. Os dois filtros não se excluem, complementando-se para assegurar a máxima proteção dos interesses metaindividuais²⁰.

Em nossa visão, essa linha de raciocínio é central à própria ideia de “*representatividade adequada*”, que hoje possui assento constante na seara do processo coletivo²¹. O elemento é explicitamente positivado, por exemplo, no regime norte-americano de *class actions* – usualmente

¹⁹ “Temos que distinguir duas espécies de legitimidade. Há uma que podemos chamar de “legitimidade-requisito de validade”, que age sobre a validade do negócio: pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio jurídico; ela existe malgrado uma relação jurídica anterior. A outra, que podemos chamar de “legitimidade-fator de eficácia”, é que, de fato, age sobre eficácia do negócio. Esta pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe por causa de uma relação jurídica anterior”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58). Ver também, sobre o tema, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2006. p.200 e ss.

²⁰ Assim, GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.84 e ss.

²¹ A respeito do tema, ver, exemplificativamente, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. p. 202 e ss. Também, GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In. *Revista de Processo*. n.108. São Paulo: Ed. RT, 2002.

indicado como uma das experiências mais bem-sucedidas ligadas ao tema em escala mundial. Ali, por reconhecer-se que determinado sujeito (no caso, um particular) atua em defesa de interesses que excedem sua órbita de titularidade, exige-se que haja uma aferição constante da *adequação* dessa representação²². Esse aspecto não apenas é aferido no curso do processo, podendo também servir como fator superveniente para que se questione a própria autoridade da decisão²³. Em resumo, reconhece-se que há um *agente* (o representante processual) agindo em favor de um *principal* (a classe representada), notando-se a necessidade de um constante olhar de atenção para esse fator²⁴.

Dando um passo além, cabe destacar que esse tipo de raciocínio também tem assumido espaço crescente na academia brasileira. E isso porque, obviamente, ao permitir-se que alguém atue na defesa de interesses atinentes a uma coletividade se torna de suma importância assegurar que o faça de modo rente aos anseios e às expectativas dessa coletividade. E o Ministério Público não escapa desse raciocínio. Afinal, em que pese a presunção de legitimidade que toca suas condutas, sua efetividade material deve passar por medidas que apreendam a multipolaridade de interesses que usualmente dá a tônica dos litígios de natureza concorrencial²⁵.

²² Id. Ibid.

²³ Id. Ibid.

²⁴ A respeito do vínculo de agência e dos seus perigos, conferindo ao tema sua operacionalização mais contemporânea, ver JENSEN, Michael. MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In. *Journal of financial economics*, v. 3, n.4. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1976. Ainda, aplicando o raciocínio ao processo coletivo, OSNA, Gustavo. O(s) "problema(s)" do incidente de resolução de demandas repetitivas: dialogando com Luiz Guilherme Marinoni. In. ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. MITIDIERO, Daniel. DOTTI, Rogéria (Org.). *O Processo Civil entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos - Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 665-683.

²⁵ No que diz respeito ao pano de fundo multipolarizado que pode caracterizar esse tipo de conflito, ver VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. Também, ARENHART, Sérgio Cruz. Desafios do processo multipolar. In. REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019.

Que tipo de critério, porém, deveria ser adotado no controle dessa adequação de representação? Que parâmetros ou balizas deveriam nortear essa análise? Como, materialmente, identificar a insuficiência desse postulado central?

As indagações possuem complexidade que, certamente, excede as possibilidades do presente ensaio. Com efeito, o tema posto se trata de um dos maiores dilemas contemporâneos do estudo do processo coletivo em geral. Ainda que não se coloque em xeque que essa análise de eficácia deve existir, há diferentes discursos doutrinários (e mesmo legislativos) que procuram, de maneira nem sempre coincidente, conferir densidade a essa questão²⁶. Como consequência, trata-se de um caminho que ainda oferece amplo espaço para exploração.

De qualquer modo, considera-se que também no objeto específico do presente estudo a preocupação deve ser mantida e indicada. Em poucas palavras, por mais que se sustente a legitimidade recursal do *Parquet* no âmbito do CADE, esse pilar não é o bastante para esgotar o problema. Pelo contrário, sua admissão deve levar a um segundo nível de debate e de atenção; deve conduzir à percepção de que, reconhecida a *legalidade hipotética*, é imprescindível passar a perscrutar, também, a *eficácia material*. Fortalece-se, com isso, o próprio sistema de defesa de direitos metaindividuais, que é também o objeto da tutela do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

5. Conclusões

Tendo como pano de fundo a discussão levantada no âmbito do julgamento do ato de concentração entre Embraer e Boeing, este pequeno ensaio buscou abordar tema que por vezes passa despercebido pelos estudiosos e profissionais atuantes no direito da concorrência: a intersecção

²⁶ Sobre o tema, ver TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. In. *Texas Law Review*. n.87. Austin: The University of Texas Law School, 2009. ISSACHAROFF, Samuel. NAGAREDA, Richard A. Class Settlements Under Attack. In. *University of Pennsylvania Law Review*. n.156. Philadelphia: University of Pennsylvania Law School, 2008.

entre a proteção da concorrência e o processo coletivo. Trata-se de tema com elevada importância, principalmente quando lembramos que os interesses tutelados pelo SBDC são detidos pela coletividade.

Neste cenário, as funções garantidas ao Ministério Público Federal junto ao CADE merecem ser revisitadas. Ainda que a Lei n. 12.529/2011 garanta a atuação do MPF em processos administrativos para imposição de sanções, uma análise mais detida e holística do subsistema de processo coletivo existente no ordenamento jurídico brasileiro parece apontar para uma *legalidade* de atuação do MPF também no controle de estruturas do CADE, com possibilidade de apresentação de recursos nos processos administrativos de atos de concentração.

Argumentamos que a expansão da atividade recursal do Ministério Público perante o CADE seria também capaz de revestir de maior *legitimidade* e a própria *autoridade* das decisões exaradas pela autoridade da concorrência. Com isso, evitar-se-ia também, no caso de judicialização de tais decisões, alongadas discussões com caráter meramente formal. Todavia, esta legalidade da atuação expandida do MPF deve ser vista *cum grano salis*. Importante questionar também sobre a *eficácia material* de tal atuação, de forma que corresponda aos anseios e interesses da coletividade que representa.

Há vasto e fértil campo para pesquisa na intersecção entre direito concorrencial e processo coletivo: repensar a atuação do Ministério Público em matéria de defesa da concorrência é apenas um de seus pontos que demandam maior reflexão atualmente. Com o presente ensaio, busca-se jogar luz à esta discussão e propor uma nova visão acerca da função e atuação do Ministério Público junto ao CADE, em homenagem à função do MP no microssistema de processo coletivo e, mais ainda, ao importante papel que a autoridade da concorrência desempenha na defesa dos interesses metaindividuais no ordenamento brasileiro.

Referências bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz. Desafios do processo multipolar. In. REICHELTE, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 77, 1995.

CUNHA, Vinícius Hercos da. Panorama e Efeitos das Ações *Stand Alone* no Poder Judiciário. In.: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno Lanna (Org.). *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*. São Paulo: Editora Singular, 2018.

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In. *Revista de Processo*. n.108. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ISSACHAROFF, Samuel. NAGAREDA, Richard A. Class Settlements Under Attack. In. *University of Pennsylvania Law Review*. n. 156. Philadelphia: University of Pennsylvania Law School, 2008.

JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In. *Journal of financial economics*, v. 3, n.4. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1976

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As Associações em Sentido Estrito no Direito Privado*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MCALLISTER, Lesley K. Revisiting a “Promising Institution”: Public Law Litigation in a Civil Law World. In. *Georgia State University Law Review*. n.23. Atlanta: Georgia State University, 2008.

OSNA, Gustavo. O(s) "problema(s)" do incidente de resolução de demandas repetitivas: dialogando com Luiz Guilherme Marinoni. In. ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. MITIDIERO, Daniel. DOTTI, Rogéria (Org.). *O Processo Civil entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos - Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 665-683.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. In. *Texas Law Review*. n.87. Austin: The University of Texas Law School, 2009.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2016.