

22.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PAINEL 9 - Ilícito por omissão no direito da concorrência? | Sin of omission in Competition Law?

Painel proposto por Gabriel Nogueira Dias, Francisco Niclos Negrão e
Hermes Nereu C. Oliveira

Moderadora | Raquel Cândido | Magalhães e Dias Advocacia

Pedro Zanotta | Albino Advogados Associados

Alexandre Cordeiro de Macedo | Conselheiro do CADE

Tiago Marrara | Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP-USP

Ilícito por omissão no direito da concorrência?



A atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é marcada por...

- Primeiro momento: atuação mais efetiva com a análise de **atos de concentração**
- Posteriormente: maior efetividade na investigação de **condutas**
- Atualmente: aparente ampliação/sofisticação na apuração de condutas que **podem ser tipificadas nos demais núcleos** do artigo 36, da Lei 12.529/2011, especialmente o ato de

INFLUENCIAR

LEI 12.529/2011

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos **sob qualquer forma manifestados**, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

[...]

Consequência:

A quantidade de sujeitos passíveis de enquadramento na conduta tem aumentado.

TRECHO DE NOTA TÉCNICA DA SG-CADE

“Se, como argumenta a defesa, o Representado [*Fulano*] tivesse a firmeza em relação ao posicionamento de não interferir em preços de bomba, seja por convicção pessoal, seja por política da empresa em que trabalhava, teria desestimulado esse tipo de demanda vinda do presidente do Sindicato. E mais: não teria se comprometido a ligar para o Representado [*Beltrano*] quando retornasse da viagem mencionada na conversa (ACESSO RESTRITO).

Bastaria simplesmente afirmar que não tinha poderes nem interesse, para interferir no assunto em questão. Essa atitude teria encerrado a questão. Não foi o que ocorreu.” (sem grifos no original)

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO (TDF) NÃO SE CONFUNDE COM INFLUÊNCIA

A TDF foi criada para diferenciar, no momento da aplicação da pena, aquele que foi autor daquele que não agiu diretamente, mas dele tinha conhecimento ou deveria ter (e poderia ter interrompido).

Art. 29 do Código Penal:

“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

CARTEL x TDF x INFLUÊNCIA

REGRA PER SE

*NÃO SE ANALISA O RESULTADO,
BASTA O ATO*

REGRA DA RAZÃO

*ANALISA-SE A RELAÇÃO
ATO/RESULTADO*

Na análise de possibilidade de influência, não há como estabelecer a conduta pela regra per se

ILÍCITO POR OMISSÃO?

Para a verificação de Influência devem ser considerados, pela regra da Razão:

- Níveis de Concentração
- Poder de Mercado
- Capacidade Real de Influenciar a Conduta por ação
- Possibilidade de Influência Pela Omissão
- dentre outros

INFLUÊNCIA POR OMISSÃO?

“[...] tivesse a firmeza em relação ao posicionamento de não interferir em preços de bomba, seja por convicção pessoal, seja por política da empresa em que trabalhava, teria desestimulado esse tipo de conduta [...]”

A omissão de um ato pode caracterizar a influência?

Obrigado!

Pedro Zanotta
pzanotta@albino.com.br