

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

22º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

INFRAÇÕES POR OMISSÃO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA?

PROF. THIAGO MARRARA

[HTTP://USP-BR.ACADEMIA.EDU/THIAGOMARRARADEMATOS](http://usp-br.academia.edu/ThiagoMarraraDematos)

PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA USP (FDRP). LIVRE-
DOCENTE (USP). DOUTOR PELA UNIVERSIDADE DE MUNIQUE (LMU).
EDITOR DA REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA USP.
ADVOGADO-CONSULTOR.

A ERA DA MULTIPLICAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES E DA INSEGURANÇA JURÍDICA

Tipo	Acusado	Competência/fundamento
Responsabilidade administrativa	Pessoa jurídica (objetiva)	CADE – LDC
	Pessoa física (subjéctiva ou objetiva)	CADE – LDC
Responsabilidade civil	Pessoa jurídica	MP ou outros / CDC e LACP
	Pessoa física	Particulares / LSA (art. 117 e 158) e regresso em resp. civil
Responsabilidades híbridas	Pessoa jurídica	Entidade, MP, Advocacia Pública / Lei de Improbidade e Lei anticorrupção
	Pessoa física	Entidade, MP, Advocacia pública / Lei de improbidade
Responsabilidade criminal	Pessoa física	MP, Vítima / Lei n. 8.137; Lei 8.666; Lei 9.279 etc.

O QUE É A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PERANTE O CADE?

Sujeito	Respons.	Prova do elemento volitivo	Multa principal	Sanções acessórias
Pessoa jurídica em atividade empresarial	Objetiva	Não	0,1% a 20% do faturamento	Sim
Pessoa jurídica fora de atividade empresarial	Objetiva	Não	50 mil a 2 bilhões	Sim
Pessoa física como infratora principal	Objetiva	Não	50 mil a 2 bilhões	Parcialmente
Pessoa física como administrador	Subjetiva	Sim	1% a 20% da multa da pessoa jurídica	Parcialmente

O QUE É A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONCORRENCIAL?



- 1) **CONDUTAS PRESENTES OU PASSADAS** → lista exemplificativa
- 2) **EFEITOS PASSADOS, PRESENTES OU FUTUROS** → lista exaustiva, porém omnicomprensiva
- **POR LEI, não existe per se** → sempre “DE DANO” OU “DE PERIGO CONCRETO”!
- **POR LEI, não existe infração por conduta futura com efeito futuro!**

INFRAÇÃO POR OMISSÃO?

- **Art. 36, § 3º:**

- **Recusar a venda** de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- **Reter bens** de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- **Cessar** parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- PA n. 53500.002586/1998; PA n. 53500.000359/1999 (DirecTV); PA 08012.003048-0131 (Globo x NeoTV)
- **Na verdade → infração comissiva por omissão!**

CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO POR OMISSÃO

- **Duas hipóteses possíveis:**
 - Resp. por omissão danosa do próprio agente (omissão + dano)
 - Resp. por omissão sobre conduta danosa de outrem (omissão + conduta + dano)
- Semelhantes ao **crime omissivo impróprio** (omissão + dano)
 - Requisitos: dever de agir, poder de agir, evitabilidade do resultado
 - Dever resultante de ato normativo, ato concreto, contrato, promessa etc.
 - **Se fosse omissivo próprio, lei deveria descrever cada conduta infrativa!**

OMISSÃO DA PESSOA FÍSICA (ADMINISTRADOR)

- **Resp. subjetiva:** administrador direta ou indiretamente responsável
- **Requisitos:** condenação da PJ + comprovação de culpa ou dolo
- Administrador direto (“Täterschaft” – autoria direta)
- Administrador indireto (“Tatherrschaft” – domínio do fato?)

“ADMINISTRADOR INDIRETO”?

Art. 148, § 1º da LSA: **O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática.** Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

REFLEXÕES SOBRE A PUNIÇÃO DA OMISSÃO

- 1) É lícito punir por deveres não explícitos? A punição de PJ por omissão quanto ao comportamento de terceiros viola a Constituição?
- 2) A punição de omissões em relação a comportamentos de terceiros consiste em “privatização” indevida da defesa da concorrência?
- 3) Como punir quando o dever de agir se chocar com um direito do acusado? Quem pagará pelas ambiguidades e contradições do ordenamento jurídico?