

4

AS RESPOSTAS PUNITIVA E REPARATÓRIA PREVISTAS NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA AO ATO ILÍCITO CONCORRENCIAL

The punitive and reparatory responses provided for in the Brazilian Competition Law to the competitive illegal act

Micaela Barros Barcelos Fernandes²

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – Rio de Janeiro/RJ, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

O artigo apresenta as três esferas de responsabilização previstas no ordenamento brasileiro – em sede administrativa, criminal e civil – em resposta ao ato ilícito violador da livre concorrência. Aponta que as três esferas de responsabilização são fundadas em diferentes pressupostos e oferecem meios distintos e complementares de defesa da concorrência no ordenamento jurídico, integrando um sistema complexo, porém unitário, com resposta punitiva (em sede administrativa e criminal) e reparatória (por meio da responsabilidade civil).

Palavras-chave: Ato ilícito concorrencial; Violação antitruste; Responsabilização administrativa; Responsabilização criminal; Responsabilização civil.

STRUCTURED ABSTRACT

The paper presents the three spheres of accountability provided for in the Brazilian legal system – in administrative, criminal and civil fields – in response to the illicit act that violates free competition. It is pointed out that the three spheres of accountability are based on different premisses and offer different and complementary means of defending competition in the Brazilian legal system, integrating a complex but unitary system, through a punitive response (administrative and also criminal) and a reparatory response (through civil liability).

Keywords: Competitive illicit act; Antitrust violation; Administrative responsibility; Criminal responsibility; Civil liability

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

Recebido em: 05/05/2022

Aceito em: 01/11/2022

Publicado em: 14/12/2022

² Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas e em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ. Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa na FGV/RJ. Graduada em Direito pela UFRJ. Advogada e professora no Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Direito da Concorrência e da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB – Seção RJ. **E-mail:** mibbf@yahoo.com.br; **Lattes:** : <http://lattes.cnpq.br/0535620934754551>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-4922-8220>.



Sumário: 1. Introdução; 2. O ilícito concorrencial e sua tríplice resposta no direito brasileiro entre o public e o private enforcement; 2.1. Responsabilização administrativa; 2.2. Responsabilização criminal; 2.3. Responsabilização civil; 3. Conclusão; 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Tendo o valor da livre iniciativa como um dos fundamentos da República, conforme o artigo 1º, IV, da Constituição (CR), o legislador constitucional tratou da *ordem econômica*³ no Título VII da Constituição, estabelecendo nos artigos 170 a 192 o conjunto de normas, portanto de princípios e regras jurídicas de organização e conduta, que orientam e regulam o comportamento dos agentes econômicos submetidos à jurisdição brasileira.

Dentre os princípios lá elencados, a Constituição impôs a observância da livre concorrência e a defesa do consumidor. Corolário da livre concorrência é a previsão de que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado é exceção, sendo regra sua atuação como agente normativo e regulador, portanto deixando aos agentes privados a atuação direta. O Estado, em regime que prioriza a atuação por agentes de mercado, exerce funções de fiscalização, incentivo e planejamento (este último determinante para o setor público e indicativo para o privado).

Em sopesamento deste princípio, isto é, e justamente porque prestigiou a livre concorrência, portanto o livre atuar dos sujeitos econômicos e sua autonomia privada, a própria Constituição tratou de prevenir eventuais abusos no exercício das liberdades que possam comprometer os valores que consagra. Afinal, a liberdade é para todos. Se exercida ilimitadamente por alguns, outros podem sofrer impedimentos ao seu exercício.

O legislador constitucional apontou expressamente valores que ao mesmo tempo temperam e promovem a liberdade, em coerência com um sistema conformado aos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CR, artigo 3º, I).

Assim, por exemplo, a Constituição elencou outros princípios que se somam ao da livre iniciativa na regulação da ordem econômica, como o da função social da propriedade (artigo 170, III, CR), do qual decorre, outrossim, a função social do contrato⁴⁵. Como princípio aplicável a todas as

3 Sobre a ambiguidade da expressão ordem econômica, ver Grau (2000, p. 43 e segs.) No capítulo 2 de referida obra, o autor, valendo-se da lição de Vital Moreira, aponta três sentidos possíveis: (i) como conceito de fato que representa o modo de ser empírico de determinada economia concreta, isto é, a relação entre fenômenos econômicos e materiais; (ii) como conceito sociológico, representa um conjunto normativo que compreende princípios e regras de qualquer natureza (jurídica, religiosa, moral, etc) que dizem respeito à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; e (iii) como conceito jurídico, a ordem jurídica da economia, isto é, uma parcela da ordem jurídica, tomada como sistema de normas (princípios e regras jurídicas, especificamente) que tratam do agir econômico, para indicar o modo que deverão ser as relações econômicas; este último o sentido adotado neste trabalho.

4 Como defendido em outra oportunidade, o princípio da função social do contrato emerge na tentativa de balanceamento da liberdade absoluta com a falta de liberdade (que estão muito relacionadas, pois, da liberdade absoluta de uns decorre o risco da falta de liberdade de outros) (FERNANDES, 2019, p. 150).

5 A invocação legislativa do princípio da função social especificamente com relação aos contratos somente veio a ser expressa no Código Civil de 2002, e destinou-se a conceber e promover uma autonomia atenta a outros interesses individuais e coletivos sem, no entanto, suprimir a expressão individual, como feito pelos regimes totalitários. Miguel Reale, jurista responsável pela comissão de juristas que revisou e elaborou o texto do Código Civil de 2002, já ressaltava desde sua concepção que a função social foi instrumento criado com o objetivo de obstar abusos do privatismo, não devendo ser vista como fonte de eliminação da autonomia privada e da força obrigatória do contrato (pacta sunt servanda) Reale (2003).

relações negociais de conteúdo patrimonial⁶, impõe atenção de quaisquer contratantes atenção a interesses sociais relevantes (TEPEDINO, 2009).

No mesmo sentido de preocupação de conjugar liberdade de agir com valores sociais, entre os quais, interesses com repercussão econômica relevante, o legislador constitucional previu, outrossim, no §4º do artigo 173 da CR, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Em outras palavras, delegou ao legislador infraconstitucional, por meio de processo legislativo, o estabelecimento de normas de repressão a abusos prejudiciais à livre concorrência.

Cabe lembrar a ressalva de que eventual dominação de mercados decorrente do regular exercício da atividade econômica, portanto de uma eficiência operacional do agente econômico, não constitui ilícito. O legislador constitucional apontou a ilicitude de *condutas abusivas* que visem à dominação, a eliminação (ou mesmo a redução, se interpretada a expressão em consonância com os princípios da ordem econômica), ou o aumento arbitrário de lucros⁷.

Densificando o comando constitucional, além da promulgação de um Código Civil (CC) mais atento à repercussão de atos de autonomia privada, indicando como geradores de responsabilidade aqueles ilícitos ou abusivos (artigo 186, CC), foi aprovada a agora já decenária Lei 12.529, de 30-11-2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC), que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispôs sobre a prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica (artigo 1º, LDC).

A LDC não é a única norma que trata, no âmbito infraconstitucional, da ordem econômica, sendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) por exemplo outra referência legislativa para agentes públicos e privados, o que evidencia a multiplicidade de normas de impacto nas atividades econômicas. Sem prejuízo, a LDC concentrou a normativa sobre a livre concorrência. Embora, a LDC adote, ao se referir a atos de violação da ordem econômica por meio de ilícitos concorrenciais, a expressão *infração da ordem econômica*, que sugere um alcance mais amplo do escopo da lei, seus dispositivos são interpretados dentro da temática antitruste. Em outras palavras, nem toda infração da ordem econômica está contida na LDC.

A LDC trata especificamente das condutas concorrenciais ilícitas no seu artigo 36, chamando-as, como mencionado, de *infração da ordem econômica*. Segundo referido artigo, constituem infração os atos que, *independentemente de culpa*⁸ e *sob qualquer forma* manifestados, *tenham por objeto ou possam produzir os efeitos* de (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante⁹ de bens ou serviços (reforçando a ideia de

6 Sobre a incidência da função social do contrato a relações negociais de diferentes naturezas, relembre-se a existência de controvérsia sobre o alcance da disciplina de direitos de obrigações e contratos. De um lado, colocam-se os patrimonialistas, que admitem sua aplicação mesmo com relação a deveres de natureza não patrimonial, e de outro, os não-patrimonialistas, que entendem que interesses existenciais, como os da personalidade, exigem tratamento normativo diferenciado, de forma a não reduzir deveres de cunho não patrimonial à disciplina relacionada aos interesses patrimoniais. A respeito do tema, ver Konder e Rentería (2012).

7 Efeitos estes que não são taxativos, na medida em que o §4º do artigo 173 é instrumental à concretização dos princípios anunciados no artigo 170 da Constituição (FRAZÃO, 2017, p. 248).

8 Esta expressão suscita alguma controvérsia, que será mais bem tratada no item 1.1. adiante. Sem embargo, adiante-se que a ressalva aqui feita pelo legislador se refere apenas às pessoas jurídicas, posto que deve ser colocada em cotejo com a exigência da comprovação da culpa das pessoas físicas, conforme previsto no artigo 37, II do mesmo diploma legal.

9 *Mercado relevante* é conceito que compreende o espaço em que se travam as relações de concorrência ou em que atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Ele é determinado conforme pressupostos metodológicos

que o que se quer evitar é a abusividade, o §1º do artigo 36 ressalva que a conquista de mercado resultante de processo natural de crescimento, portanto fundado na eficiência do agente econômico, não constitui ilícito); (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante (conforme o §2º do artigo 36, presumida sempre que uma sociedade ou grupo controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser revisto pelo Cade para setores específicos da economia, ou sempre que for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado).

Após a definição do que seja infração da ordem econômica, o §3º do artigo 36 apresenta em rol não taxativo algumas condutas que configuram hipóteses de ato ilícito, trazendo dezenove incisos com práticas que violam a livre concorrência, que não excluem outras possíveis. A lista amplia as hipóteses previstas no artigo 173 §4º da Constituição, em consonância com o comando geral de tutela da livre concorrência contido no artigo 170, e deflagra a tutela a interesses difusos e individuais em sede tanto punitiva, esta que se desdobra nos âmbitos administrativo e criminal, quanto reparatória, no âmbito civil.

2. O ILÍCITO CONCORRENCIAL E SUA TRÍPLICE RESPOSTA NO DIREITO BRASILEIRO - ENTRE O *PUBLIC* E O *PRIVATE ENFORCEMENT*

A tutela aos valores consagrados pela ordem econômica brasileira se apoia em diferentes instrumentos, inclusive mecanismos preventivos e repressivos de atos ilícitos, entre eles os ilícitos concorrenciais.

A LDC, em seu título V, específico sobre os atos ilícitos concorrenciais (na lei, como mencionado, chamados de infrações da ordem econômica), prevê a responsabilização dos agentes econômicos violadores das normas em vigor. Devem responder pessoas físicas ou jurídicas (em que responderão também individualmente seus dirigentes e administradores, solidariamente), de direito público ou privado, com ou sem personalidade jurídica (artigo 31, LDC).

Para os fins de garantir a tutela na prática, a responsabilização por infrações contra a ordem econômica se dá tanto na esfera pública, com viés punitivo, em duas frentes – administrativa e criminal – quanto na privada, com viés reparatório – por meio da responsabilidade civil.

Na esfera pública administrativa, cabe ao Conselho Administrativo da Defesa Econômica (Cade) julgar, por meio do seu órgão judicante, o Tribunal do CADE (artigo 6º, LDC), com jurisdição em todo o território nacional, sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei, decidindo os processos administrativos para imposição de sanções, ordenando providências para cessação de condutas, entre outras atribuições (artigo 9º, LDC).

Na esfera pública penal, cabe ao Ministério Público, diante da verificação de que o ato ilícito configura também crime, quando a conduta estiver prevista na Lei 8.137/1990, a persecução penal, para fins de punição criminal.

Tanto em âmbito administrativo quanto criminal, os mecanismos de imposição das normas de direito concorrencial são utilizados por pessoas de direito público, autoridades com competência

advindos da ciência econômica, e considera dois aspectos complementares: de um lado, o geográfico (que identifica o espaço físico onde as relações de concorrência são consideradas) e de outro o material, ou mercado de produto (que considera o bem ou serviço oferecido pelo agente econômico) (FORGIONI, 2014, p. 214 e segs.).

punitiva que atuam dentro de suas margens de atribuições. Suas atuações configuram o chamado *public enforcement*, ou persecução pública.

Finalmente, na esfera privada, cabe a qualquer vítima de um ato ilícito concorrencial a possibilidade de buscar a tutela dos seus interesses. Pessoas físicas ou jurídicas contam com a possibilidade de buscar em juízo a tutela de seus interesses, sejam agentes econômicos prejudicados em seu segmento de atuação, sejam os agentes que se situam como destinatários finais de uma cadeia de fornecimento de produtos ou serviços, os consumidores. Referida tutela pode se dar de maneira preventiva, para obstar a prática de conduta que constitua infração à ordem econômica, ou reparatória, para obter o ressarcimento dos danos que vierem a sofrer em decorrência de atos ilícitos concorrenciais praticados pelo infrator¹⁰.

Desta maneira, também a ação de agentes econômicos privados contribui para o fortalecimento do sistema brasileiro de defesa da concorrência. É o que a doutrina costuma designar como *private enforcement*, ou imposição por meio de agentes privados do cumprimento de normas jurídicas¹¹, ou mais simplesmente, persecução privada.

Neste exato sentido é a dicção do artigo 47 da LDC, que estabelece que “os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

2.1. Responsabilidade Administrativa

Dentre os instrumentos para a contenção de abusos no exercício da liberdade de agir pelos agentes econômicos, a ordem jurídica brasileira confere ao Estado o chamado poder de polícia, que encontra a um só tempo fundamento e limite na lei e no princípio da proporcionalidade (JUSTEN FILHO, 2015, p. 583).

Aqui desponta o chamado Direito Administrativo Sancionador, disciplina que, juntamente com o Direito Penal, integra o *ius puniendi* genérico do Estado. Responsabilidade administrativa e responsabilidade penal, são, portanto, mecanismos de dissuasão primária de condutas com potencial lesivo a interesses tutelados em nosso ordenamento, ambas que se somam para o chamado *public enforcement*.

Do ponto de vista do Estado, a diferença entre o ato ilícito penal e o administrativo não necessariamente é identificada pela conduta, pela natureza do ato praticado, mas em função de uma opção política do legislador (MACEDO, 2018, p. 2), que escolhe quais práticas lesivas a interesses tutelados devem ter resposta no âmbito administrativo, e quais no âmbito criminal.

10 Aqui entendido, para fins de responsabilização civil, o dano concretamente sofrido por vítima merecedora de tutela em seu legítimo interesse econômico, não se referindo, portanto, a lesões abstratamente consideradas. Para fins de reparação da vítima, dano será o conjunto de efeitos concretos que se projetam na pessoa do ofendido e do seu patrimônio e que seja merecedor de tutela. Sobre possíveis distinções nos conceitos de dano, recomenda-se Monteiro Filho (2016, p. 130 e segs.).

11 Cabe a ressalva de que no chamado *private enforcement* não apenas agentes privados atuam para imposição do cumprimento da normativa concorrencial, na medida em que as ações de reparação podem ser ajuizadas também pelo Ministério Público, na tutela de interesses coletivos.



Tanto assim que há condutas idênticas consideradas ao mesmo tempo crime e ilícito administrativo no Brasil – como o cartel –, que, no entanto, em outras jurisdições são apenas ilícitos administrativos, ou apenas crimes.¹²

Em geral, para atos considerados mais graves, por opção legislativa, a conduta será tipificada como crime, e para atos menos graves, ilícito administrativo, em ambos os casos a justificar sanções – devidamente previstas em leis que as legitimam, como exigido em um regime democrático. As sanções administrativas e criminais, operando como mecanismos que se coordenam na repressão dos agentes econômicos, têm função essencialmente punitiva, com eficácia dissuasória na prevenção de ilícitos.

A LDC nomeadamente enuncia a coletividade como a titular dos bens jurídicos por ela protegidos (artigo 1º, parágrafo único), portanto indicando sua natureza difusa. Por conseguinte, o Direito da Concorrência é seletivo, fazendo com que, no intuito de focar em atos que efetivamente possam impactar o mercado como um todo, a análise da ilicitude em sede administrativa seja realizada somente quando, nos termos do artigo 36 da LDC, os atos tenham por objeto ou possam produzir os efeitos elencados em seus incisos I a IV.

Ou seja, se os atos praticados por agentes econômicos não tiverem por objeto ou não tiverem o potencial de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante, a infração da ordem econômica não se configura.

Isto faz com que seja possível que haja um ato abusivo do ponto de vista do Direito Civil, gerando efeitos lesivos para partes diretamente interessadas, configurando, portanto, base para a responsabilização civil, se preenchidos seus próprios pressupostos, mas não necessariamente gerando responsabilização administrativa.

Se, de um lado, há certa seletividade no Direito da Concorrência que contribui para filtrar situações que efetivamente geram responsabilização administrativa, de outro, a LDC não elenca um rol taxativo de condutas. Pelo contrário, o §3º do artigo 36 esclarece que além das condutas apontadas, outras podem caracterizar infração à ordem econômica, permitindo sua aplicação em diversas situações.¹³

A abertura do tipo legal é reforçada pela previsão, no caput do artigo, que as infrações podem se constituir por *atos sob qualquer forma manifestados*. A previsão aberta, que não é peculiaridade da legislação concorrencial brasileira, acaba contribuindo para uma definição bastante elástica da ilicitude (FRAZÃO, 2017, p. 257).

Além da tipicidade aberta, há outra característica do dispositivo que amplia bastante a possibilidade de imputação do ilícito aos agentes econômicos. De acordo com o *caput* do artigo

¹² Em exemplo da historicidade de qualquer instituto jurídico, e da consequente disciplina dinâmica em cada jurisdição, tome-se, dentro do tema desta tese, a prática de venda casada, prevista como crime na Lei 8.137/1990 (que definiu crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), conforme a redação original do seu artigo 5º, II, mas descriminalizada pelo artigo 127 da LDC, que a elencou apenas como ilícito administrativo, conforme o seu artigo 36, XVIII.

¹³ Como ensina Frazão (2017, p. 256): “O mero fato de um agente econômico praticar um dos atos descritos na lei não significa que tenha havido infração à ordem econômica, pois, ausentes os efeitos reais ou potenciais descritos no caput, não há que se cogitar de ilícito antitruste, ainda que a conduta possa ser considerada ilícita do ponto de vista do direito privado. Por outro lado, práticas que não estejam expressamente previstas no §3º do artigo 36 poderão ser consideradas infrações à ordem econômica caso seja demonstrada sua potencialidade lesiva sobre a livre concorrência”.

36 da LDC, a infração da ordem econômica se configura *independentemente de culpa do agente*. A redação parece ter sido assim construída para evitar que a responsabilização dos agentes ficasse dependente da comprovação de dolo (FRAZÃO, 2017, p. 263), mas acabou dando margem a diferentes interpretações.

Isto porque em sede de responsabilização administrativa, tendo em vista sua natureza punitiva, todas as garantias de defesa que legitimam o uso da força estatal devem estar presentes, de forma a evitar que o poder de polícia se torne arbitrário. Então, se o que há é um controle de conduta, deve haver a possibilidade da verificação de sua reprovabilidade, ou seja, avaliação da eventual violação de um dever de conduta determinado pela legislação pelo agente econômico. E, se cabe tal avaliação, a responsabilidade é subjetiva¹⁴.

Sem embargo, a jurisprudência dominante no Cade, com base na previsão legislativa tal como redigida, tem apontado a responsabilidade administrativa como sendo objetiva. Apesar da literalidade do texto, e dos precedentes em julgados administrativos, cabe a ponderação sobre a necessária análise da culpabilidade do agente, da reprovabilidade de sua conduta, que permite inclusive a conclusão de inexistência de ilícito diante de inexigibilidade de conduta diversa (MACEDO, 2018, p. 12).

A *objetivação da responsabilidade* tem de fato pertinência como técnica de socialização de riscos que é adequada no âmbito da reparação, portanto no campo do Direito Civil, pela necessidade revelada, no curso da própria evolução do instituto da responsabilidade civil, de se encontrar mecanismos que possam ser efetivos para tutela dos interesses das vítimas de danos injustos diante de riscos cada vez mais frequentes e maiores na sociedade contemporânea¹⁵.

Todavia, já em outro âmbito, o da punição, a atribuição objetiva da responsabilidade por ato ilícito a quem quer que seja, isto é, sem que haja algum juízo de reprovabilidade social sobre a conduta analisada, portanto de culpabilidade, se afigura bastante questionável em um Estado democrático.

O tema da validade jurídico-constitucional da expressão *independentemente de culpa* chegou a ser levantado na vigência da Lei 8.884/1990, que antecedeu a LDC e foi por ela revogada, mas cujo *caput* do artigo 20 é idêntico ao do artigo 36 da LDC. O dispositivo foi questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.094-DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, mas a ação acabou sendo julgada extinta sem exame do mérito com fundamento na ilegitimidade ativa da entidade sindical, e também na (apontada) perda do objeto ante a revogação da lei – este fundamento questionável, ante a reprodução da mesma norma na nova legislação, o que justificaria a preservação do interesse na sua apreciação.¹⁶

Uma pena que o tema não tenha sido enfrentado em referida ADI 1.094-DF, o que contribuiu para a permanência da controvérsia. A expressão “independentemente de culpa” inserida na norma pode ser lida de distintas maneiras.

14 Em favor da subjetivação da responsabilidade administrativa, mas no contexto de violações ambientais, a 1ª Seção do STJ já consolidou o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva, exigindo-se, portanto, a demonstração de que a conduta foi cometida pelo transgressor, além da prova do nexo causal entre a conduta e o dano. STJ, 1ª Seção, REsp 1.251.697-PR, Relator Min. Mauro Campbell Marques, j. em 12-04-2012, DJe 17-04-2012.

15 Sobre o caminho evolutivo e mecanismos de socialização do risco em sede de responsabilidade civil, permita-se referir a Fernandes e Almeida (2021, p. 47-66).

16 STF. ADI 1.094-df. Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno (Plenário Virtual, j. 25/09/2020 a 02/10/2020).



De um lado, é possível entender que cabe responsabilização administrativa objetiva, mas não para fins de repressão do agente violador da norma, mas sim em caráter precaucional somente, isto é, cabe a resposta administrativa, independentemente da análise da culpa, para fins de ordem de cessação imediata de condutas lesivas aos valores tutelados pela LDC, de maneira a restaurar as condições de concorrência violadas. Isto porque como a própria lei enuncia desde seu artigo 1º, a tutela promovida pelo SBDC é tanto preventiva quanto repressiva, cabe, portanto, em sede de prevenção de riscos, a identificação da infração para sua imediata sustação em prol da coletividade, independentemente de culpa.

Em outras palavras, por expressa previsão legal, a atuação da autoridade administrativa pode se dar no âmbito punitivo tanto preventiva quanto corretivamente, ou seja, tanto pré-violação, para evitar o risco de efeitos econômicos anticoncorrenciais, quanto pós-violação, para reprimir a atuação dos agentes econômicos que desrespeitam valores consagrados em nossa ordem jurídica e causam danos a outros agentes econômicos e à coletividade como um todo. Segundo tal perspectiva, a responsabilização preventiva é também (embora não apenas) derivada da punitiva, e, portanto, em sede administrativa, a responsabilidade poderá ser atribuída independentemente da verificação da culpa do agente.¹⁷

De outro lado, é possível entender que a intenção do legislador ao consignar a expressão “independentemente de culpa” no *caput* do artigo 36 da LDC, não foi, como um primeira leitura poderia sugerir, afastar o exame da reprovabilidade da conduta, porque tal afastamento jamais seria possível em sede punitiva (ainda que somente na via administrativa, e não criminal), mas sim afastar a avaliação da culpa no sentido de “estado psicológico de consciência da ilicitude pelo agente” – portanto, tendo sido utilizada a expressão culpa neste dispositivo no sentido que, no Direito Civil, se atribui à chamada *culpa subjetiva*, o que não excluiria a necessidade da análise da *culpa normativa* em sede administrativa.

Em esclarecimento: lembre-se que no âmbito civil o conceito de culpa passou por importante transformação, acompanhando mudanças ocorridas no próprio instituto da responsabilidade civil. A atribuição da responsabilidade (civil) já foi no passado mais dependente do conhecimento do estado de ânimo do agente, de maneira que ao julgador se colocavam questões sobre consciência da lesão ao direito de terceiros, a previsibilidade do dano, e sua reprovabilidade moral, todas submetidas a elevada carga de subjetividade do intérprete.

Atualmente, após um longo percurso do instituto da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, mesmo em sede de responsabilização subjetiva, portanto em que se deve provar a culpa do ofensor (com fulcro nos artigos 186 e 187 do CC), a culpa passou a ser compreendida não mais como um estado psicológico do agente de consciência quanto à ilicitude do seu ato, mas sim como a violação de um dever de cuidado objetivamente considerado segundo padrões de exigência praticados no mercado.

Para distinguir ambas as espécies de culpa, isto é, esta culpa objetivamente verificável, portanto um “erro de conduta exigível”, daquela referida pela doutrina como “estado psicológico de consciência da ilicitude”, ainda adotada no âmbito penal, ambas ganharam um sobrenome, uma designação identificativa. Assim, a culpa objetivamente considerada é referida como culpa

¹⁷ A atuação preventiva tem tal força, que a mesma LDC trata não apenas das condutas ilícitas, objeto das considerações trazidas neste artigo, mas também dos atos de concentração, com o fim de evitar que movimentos estruturais em cada mercado relevante acarretem efeitos econômicos anticoncorrenciais, ou seja, mesmo quando os agentes sob análise não estejam violando qualquer regra de conduta concorrencial.

normativa, ou também como culpa objetiva. E ela se distingue daquela que pressupõe a análise do estado de consciência do ofensor, referida como culpa subjetiva, e que foi sendo abandonada na interpretação civilística, embora ainda mencionada por doutrina e jurisprudência, ora por motivos históricos, ora por desatualização do intérprete sobre mudanças normativas.

Embora no âmbito civil (reparatório), o abandono da culpa subjetiva faça bastante sentido, no âmbito administrativo e no penal (punitivo), a investigação da culpa subjetiva pode ser relevante em alguns casos, por exemplo para fins de cálculo da sanção punitiva, ainda que não dispense a análise da culpa normativa.

Corroborando esta segunda linha de entendimento e forma de leitura do *caput* do artigo 36, o artigo 37, III, da LDC, expressamente prevê que o administrador responsável pela infração estará sujeito à sanção administrativa que estabelece mediante a comprovação de sua culpa ou dolo, portanto “do seu estado de consciência”. Ou seja, há especificamente com relação à hipótese abrangida no artigo 37, III, vale dizer, de fixação da pena do administrador do agente econômico, a expressa referência à necessidade de consideração de elementos subjetivos do sujeito responsável, consideração esta que havia sido dispensada no artigo 36. Com efeito, a opção pelo legislador de determinar a análise da “culpa subjetiva” em apenas alguns casos (para fixação da pena) não afasta a necessidade de análise da “culpa objetiva” em todos (para configuração do ilícito).

Concluindo, ainda que se reconheça a possibilidade de entender a expressão “independentemente de culpa” inserida no *caput* do artigo 36 da LDC, como uma dispensa à análise da reprovabilidade da conduta do agente em sede de responsabilidade administrativa, com aplicação de um regime de responsabilidade objetivo, parece mais razoável entender, conforme a segunda linha de interpretação acima exposta, que no âmbito punitivo previstos na LDC, especialmente diante de norma com tipicidade tão aberta, deve ser sempre feita a análise no mínimo da culpa normativa do agente econômico. Isto é, deve ser feita a análise da reprovabilidade da conduta apreciada pela autoridade administrativa conforme legítimas expectativas estabelecidas em consonância com padrões de conduta praticadas, que envolvem inclusive padrões de racionalidade econômica, mas não apenas, pois também (e sobretudo) padrões de conformidade jurídica vigentes em cada momento histórico, conforme entendimento corrente e em consonância com valores positivados no ordenamento, sob risco de a sanção imposta pela autoridade administrativa se tornar arbitrária.

2.2. Responsabilidade Criminal

Ainda no âmbito da responsabilização punitiva, há, para além da possibilidade da aplicação da sanção administrativa, também a possibilidade, com relação a certas infrações econômicas consideradas pelo legislador mais graves à sociedade, de responsabilização penal.

Assim, algumas normas, como a Lei 8.137, de 27-12-1990 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo, com sua redação alterada pela própria LDC) e, mais recentemente, a Lei 14.133, de 01-04-2021 (a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que altera e revoga a Lei 8.666, de 21-06-1993, com vigência imediata dos novos dispositivos referentes a crimes em licitações e contratos administrativos) se somam à LDC na responsabilização punitiva dos agentes econômicos por atos ilícitos praticados em matéria de livre concorrência.

Por exemplo, com relação à formação de cartel, que se opera por meio de acordo explícito



ou implícito entre concorrentes (seja para a divisão ou o controle do lado da oferta de produtos ou serviços, por exemplo, via combinação no preço de venda, produção ou volume de comercialização, seja pelo lado da demanda) e com capacidade de forte violação da livre concorrência, a infração gera, além de punição na seara administrativa, também na criminal, posto que a conduta se configura crime em nosso ordenamento, conforme previsto no artigo 4º, II, da Lei 8.137/90, sujeita à pena de reclusão de 2 a 5 anos.

Se o acordo entre concorrentes se der no curso de processo licitatório para contratação pelos órgãos integrantes da Administração Pública direta, autárquica e fundacional dos entes federativos, a conduta será tipificada como crime de frustração do caráter competitivo da licitação, prevista no artigo 337-F do Código Penal, introduzido pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sujeita à pena de reclusão de 4 a 8 anos, e multa.

A apuração do ilícito criminal é feita pelo Ministério Público e autoridades policiais, podendo o Cade solicitar o concurso de sua atuação desde a investigação em sede administrativa, seja esta instaurada de ofício ou mediante representação fundamentada de qualquer interessado (artigo 66, §8º, LDC). Independentemente da possível participação do Ministério Público desde a fase de investigação administrativa, ele será sempre comunicado das decisões tomadas em sede administrativa pelo Tribunal do Cade, para medidas no âmbito de suas atribuições (artigo 9º, §2º, LDC), inclusive em sede criminal, que são várias¹⁸.

Embora no projeto de lei que resultou na redação final da LDC e que alterou a Lei 8.137/90 houvesse a previsão expressa sobre a competência da Justiça Federal para apurar e julgar crimes contra a ordem econômica, o dispositivo específico foi vetado¹⁹, dando ensejo a alguma controvérsia sobre o juízo competente, se comum ou federal, para julgamento de casos de crime contra a ordem econômica.

Conforme entendimento firmado no STJ²⁰, o julgamento do cartel compete, em regra, à Justiça Estadual, o que não afasta a competência da Justiça Federal, desde que se verifique hipótese de ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas (artigo 109, IV, CR), ou desde que, pela magnitude da atuação do grupo econômico ou pelo tipo de atividade desenvolvida, o ilícito tenha a propensão de abranger vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais²¹.

Na seara criminal, diferentemente da administrativa, não há controvérsia quanto à necessária análise da culpabilidade do agente, sempre presente, diante da impossibilidade de imputação de responsabilidade objetiva em ação penal, porquanto vedada no ordenamento jurídico brasileiro.²²

18 O Ministério Público atua em todas as esferas de responsabilização. Na seara administrativa, um membro do MP Federal é designado para emitir parecer nos processos para imposição de sanções por infrações, nos termos do artigo 20 da LDC. Na seara criminal, cabe ao Ministério Público a persecução dos crimes contra a ordem econômica. Finalmente, na seara civil, o MP tem legitimidade para a promoção de ações civis públicas, inclusive com intuito reparatório.

19 O dispositivo vetado da LDC tinha a seguinte redação: "Art. 120. A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 16-A: 'Art. 16-A. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a ordem econômica previstos no caput e nos arts. 5º e 6º desta Lei.'" Razão do veto: "O dispositivo faz referência aos arts. 5º e 6º da Lei nº 8.137, de 1990, que, no entanto, estão sendo expressamente revogados pelo art. 127 do próprio projeto de lei."

20 STJ. HC 117169, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 16.03.2009.

21 Ainda sobre o tema da competência, o MPF editou em 2014 a Orientação nº 09, corroborando a competência federal quanto a crime de formação de cartéis interestaduais e internacionais. Documento disponível em <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-9>.

22 O STF recentemente reafirmou a impossibilidade de responsabilização objetiva em sede criminal, em sede de agravo

Com relação às pessoas naturais, a condenação na seara criminal enseja, além da aplicação da pena prevista conforme o tipo penal específico para o ilícito apurado, a restrição automática de algumas liberdades, notadamente o exercício da administração em qualquer sociedade enquanto durarem os efeitos da condenação criminal (artigo 1.011, CC).

Sem embargo das peculiaridades da matéria, importante evidenciar a existência do caráter punitivo compartilhado pelas sanções administrativas e criminais, portanto sua proximidade ontológica para fins de política concorrencial. Tanto assim que o legislador infraconstitucional previu que quando a conduta for sujeita à sanção tanto em sede administrativa quanto criminal, estará sujeita ao prazo de prescrição previsto na lei penal (artigo 46, LDC).

Também evidenciando o caráter aproximativo das duas searas que integram o chamado *enforcement* público, destaque-se que a lei concorrencial, com o intuito de promover o programa de leniência, estabeleceu grande alcance dos seus efeitos, para permitir que a pessoa que cometa ilícito antitruste, mas que colabora com investigações de maneira contundente, inclusive prestando informações sobre outros envolvidos e entregando provas que comprovem a infração, possa ter redução ou mesmo extinção de responsabilidades.

Em termos práticos, sob a ótica da responsabilidade administrativa, a celebração de acordo de leniência com a autoridade antitruste faz com que a sanção administrativa possa ser extinta ou reduzida (artigo 86, §4º, LDC), e, do ponto de vista criminal, impede o início da ação penal relativa aos crimes praticados (artigo 87, LDC), suspendendo o prazo de prescrição até o cumprimento completo dos termos do acordo. Confirmado o seu cumprimento na integralidade, também a sanção penal se extingue.

Concluindo, o âmbito da responsabilização criminal a ilícitos de natureza concorrencial no Brasil é um pouco mais limitado que o de responsabilização administrativa, somando-se o primeiro ao segundo em casos nos quais o legislador entendeu que a maior gravidade da conduta do agente, bem como os seus efeitos perante a coletividade exigem resposta mais rigorosa do ordenamento. Por outro lado, reconhecendo a natureza próxima da responsabilização administrativa e da criminal, a LDC prevê que o processamento para apuração daquela influencia em alguma medida o processamento para apuração desta, o que evidencia a unicidade lógica do nosso sistema jurídico, que trata as duas espécies de responsabilização como respostas punitivas, e que devem, portanto, correr em compasso.

2.3. Responsabilidade Civil

Para além dos institutos que, pela via da punição dos agentes infratores das normas de direito concorrencial, tutelam interesses assentados em nosso ordenamento – o qual impõe, nos moldes do artigo 170 da CR, a observância, entre outros princípios, ao da livre concorrência, da propriedade privada, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores, da repressão ao

regimental em habeas corpus julgado em favor de homem denunciado porque a sociedade que integrava prestou informações falsas à Receita. Prevaleceu o voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, do qual se destaca o excerto: “Não havendo uma demonstração a contento nem do vínculo causal (tipo objetivo) nem do liame subjetivo entre autor e fato, como se viu, estamos diante de um verdadeiro caso de responsabilidade objetiva. Nessa linha, importante destacar que a responsabilidade objetiva na seara penal é vedada no ordenamento jurídico pátrio. A responsabilidade objetiva é inconstitucional, e não existe espaço para tal modalidade de intervenção criminal no Estado Democrático de Direito”. STF. 2ª Turma. AgRg no HC 182.458-DF, Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ-e 27/09/2021.



abuso do poder econômico –, existe também a via da reparação, que pode ser buscada pelas pessoas que venham a ser afetadas por atos em desacordo com os princípios gerais que orientam o exercício da atividade econômica.

Ressalve-se a interpenetração entre o direito público e o privado, ambos que oferecem caminhos diferentes, mas não resultam (como já se sustentou no passado, com base em modelos de codificação do Estado Liberal) na cisão rígida dos campos de aplicação de cada ramo da ciência jurídica para tutela dos interesses.

Assim, sem prejuízo dos diferentes instrumentos disponibilizados por cada disciplina jurídica, órgãos do Estado podem também adotar instrumentos de direito privado para gestão de bens e interesses públicos, e, também o direito público oferece mecanismos de tutela a interesses particulares. Há um diferencial quantitativo, isto é, na carga de atenção oferecida pelas disciplinas de direito público e privado a cada tipo de interesse, mas não qualitativo, ontológico.

Sendo nosso ordenamento jurídico um todo complexo, porém unitário, de incorporação de valores centralizados na Constituição Federal e densificados na legislação infraconstitucional, não é possível se cogitar que a incidência de uma disciplina afaste outra – o que há é interpretação ponderativa em prol dos interesses que devem ser compatibilizados na aplicação do Direito²³.

A responsabilidade civil por danos concorrenciais é mais um instrumento de ordenação jurídica econômica, e se baseia no fundamento que, se de um lado nossa Constituição assegura a liberdade aos agentes, de outro assegura igualmente a proteção aos interesses das pessoas impactadas pelo exercício abusivo²⁴ da liberdade, que causa danos à coletividade, no que atuam os mecanismos de tutela do Direito da Concorrência, mas também a indivíduos, no que atuam os institutos do Direito Civil.

Assim, as pessoas físicas e jurídicas que sofram com um dano injusto, afetadas por qualquer ato ilícito, inclusive aquele de natureza concorrencial, contam com a possibilidade de buscar em juízo a tutela de seus interesses, para além da eventual punição que será promovida por outros caminhos. Neste sentido, Moraes:

A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A

23 A respeito, ver, entre outros: Sarmiento (2003, p. 272-297); e Schreiber e Konder (2016), destacando-se destes últimos o excerto colhido na página 12: “[...] a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento, cindido em direito público e direito privado, sobre a qual se constroem, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado. Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o reconhecimento de que tanto o chamado direito público como o dito privado devem servir à realização dos preceitos constitucionais, a distinção passa a atender a uma finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 12).

24 Ressalvando-se desde já a possibilidade de haver situações previstas no Direito pátrio em que, para fins de adequada reparação à vítima de dano injusto, é possível, em mecanismo conhecido como de socialização dos riscos, a atribuição de responsabilidade civil mesmo em hipóteses em que não há tecnicamente qualquer abuso, qualquer ato culposo, ou seja, violador de um dever de cuidado objetivamente considerado. São as chamadas hipóteses de responsabilização civil objetiva, fundamentadas no risco de certa atividade desenvolvida pelo agente econômico, ou simplesmente nos casos especificados em lei, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos (MORAES, 2006, p. 245).

Apesar de os objetivos e mecanismos de atuação de cada uma das três espécies de responsabilização variarem, pode-se dizer que também a ação de agentes econômicos privados contribui para o fortalecimento do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Como já mencionado, é o que a doutrina costuma designar como *private enforcement*, ou persecução privada da normativa jurídica.

A tutela dos valores da concorrência por meio da persecução privada pode se dar de maneira preventiva, para obstar práticas que constituam infração à ordem econômica, ou reparatória, para obter o ressarcimento dos danos que vierem a sofrer em decorrência de atos ilícitos concorrenciais praticados pelo infrator.

Com efeito, dentre os direitos e garantias fundamentais amparados em nosso ordenamento para toda e qualquer pessoa, a Constituição prevê expressamente no inciso V do artigo 5º o direito à indenização por danos sofridos.

Em adensamento de tal previsão, no contexto econômico se posiciona o artigo 47 da LDC, que estabelece que os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no artigo 82 da Lei 8.078/1990 (CDC), ou seja, os legitimados para defesa coletiva dos consumidores, poderão ajuizar, em defesa de seus interesses individuais, ou individuais homogêneos, ações para a cessação de infrações, bem como para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou do processo administrativo.

Em que pese o reforço à garantia de indenização pela LDC, independente de referida previsão qualquer pessoa vítima de ato ilícito causador de dano já poderia, com base nas regras gerais de responsabilização civil previstas em nosso ordenamento, especialmente nos artigos 186, 187, e 927 e seguintes do Código Civil (CC), buscar a tutela de seus interesses injustamente prejudicados por terceiros.

E aqui uma distinção das esferas de responsabilização, posto que os institutos de responsabilização punitiva são sempre vinculados a fatos tipificados, portanto detalhada e expressamente previstos na normativa aplicável (ainda que haja uma tipicidade aberta, como acima mencionado), enquanto a responsabilização reparatória prescinde da descrição detalhada da conduta ilícita para deflagrar a atribuição de responsabilidade do agente causador do dano. Em outras palavras, uma vez verificada a presença dos requisitos para atribuição da responsabilidade civil, a conduta do agente causador de dano injusto será passível de responsabilização na seara cível, ainda que não tipificada especificamente na legislação.

Em sede punitiva, diferentemente, a tipicidade é regra, e não comporta exceção. Como bem representado no brocardo latino, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

No âmbito da responsabilização civil, embora a redação do artigo 47 da LDC pareça direcionar a via reparatória ao consumidor, que por sua vulnerabilidade é de fato o sujeito principal da tutela do SBDC²⁵, ele não é o único a receber tutela concorrencial, inclusive em sede de responsabilização

25 Neste sentido: “[...] há um intuito de proteção efetiva do consumidor enquanto sujeito vulnerável nas relações de mercado por parte do SBDC. Essa tutela deve ser direcionada a efetivação de todos os direitos a eles garantidos, dentre eles



civil.

Aliás, a própria LDC evita esta redução interpretativa ao prever, no parágrafo único do seu artigo 1º, que a coletividade é a titular dos bens jurídicos por ela protegidos.

As tutelas punitiva e reparatória são independentes, ainda que deflagradas a partir do mesmo fato. Conforme reforça expressamente o artigo 935 do Código Civil, a responsabilidade civil independe da criminal, ainda que seja possível o aproveitamento de provas. Desta maneira, é perfeitamente possível que as ações cível e criminal tramitem simultaneamente em juízos diferentes.

Ressalve-se, sem prejuízo, apesar da previsão legal de independência, a inexistência de independência absoluta entre as instâncias de punição e reparação, inclusive em razão da já mencionada interpenetração dos ramos do Direito. Ademais, as atuações de diferentes autoridades judicantes, ainda que fundadas em pressupostos diferentes, não podem partir de fatos distintos, inclusive sob pena de incoerência sistêmica. Por isto mesmo, a parte final do artigo 935 do CC consigna que a decisão sobre a existência ou inexistência de determinada conduta, portanto de sua materialidade, ou de sua autoria, tomada na esfera criminal não pode ser questionada na esfera cível.

Evidenciando, outrossim, a independência relativa das esferas de atuação judicante, há previsões de matéria cível nas normas de matéria criminal. Assim, o artigo 91, I, do Código Penal, prevê que é efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; o artigo 63, do Código de Processo Penal, prevê que a sentença condenatória transitada em julgado poderá ser executada no juízo cível, e, em complemento, o artigo 387, IV, do mesmo diploma legal, prevê que o juiz criminal deve fixar o valor mínimo para a reparação de danos à vítima (sem prejuízo, conforme a parte final do parágrafo único do já citado artigo 63, da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido).

Tais previsões não estão livres de controvérsias²⁶, não sendo consideradas como autorização para julgamento de ofício pelo juízo criminal. A jurisprudência do STJ²⁷ se firmou no sentido de que para fixação de valor mínimo de reparação dos danos morais ou materiais deve haver pedido expresso (pela vítima ou pelo Ministério Público), e ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Sem embargo, a autorização legislativa abre mais um caminho para os interessados na reparação²⁸.

Embora as diferentes espécies de responsabilização possam ser respaldadas em instrumentos de tutela que sejam complementares, de certa forma, nem sempre assim sucede, pois pode ocorrer de o *enforcement* público atrapalhar o privado, ou vice-versa.

Ou seja, ao mesmo tempo em que a atuação dos órgãos responsáveis pela punição pode contribuir para apuração dos fatos e imputação da respectiva responsabilidade civil, a atuação por estes estatais pode atropelar a ação privada.

a reparação individual dos danos sofridos em razão de infrações à ordem econômica. Tanto é assim que a Lei nº. 12.529/2011 previu expressamente em seu artigo 47 a possibilidade de reparação de danos decorrentes de infrações a ordem econômica" (CAIXETA, 2013, p. 85).

26 A respeito, ver, por exemplo, Pinheiro (2010); e também Dorigon e Alécio (2018).

27 Conforme entendimento fixado pela 5ª Turma do STJ no AgRg no REsp 1.483.846-DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016.

28 STJ. AgRg no REsp 1.483.846-DF, 5ª Turma. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016.

Exemplo de dificuldade na compatibilização de interesses se revela no julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo de Instrumento nº 5039527-89.2018.4.04.0000/PR, em que foram partes a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás e a Construtora Norberto Odebrecht S/A e outras, com participação da União Federal e do Ministério Público Federal como interessados.

Em ação cautelar ajuizada pela Petrobrás em 2016 para garantir o direito ao ressarcimento de danos sofridos em decorrência de atos de improbidade, a autora havia obtido o bloqueio de parte dos bens da Odebrecht. Todavia, a liminar concedida foi revogada em outra decisão judicial pelo TRF, posteriormente agravada pela Petrobrás. Apesar de a ação ter sido proposta para tutela de um interesse privado da Petrobrás, o tribunal decidiu em Fevereiro de 2019 por impedir o bloqueio de bens das companhias que constam do polo passivo da ação, porque elas celebraram acordo de leniência com a União²⁹.

O mesmo pode ocorrer em sentido oposto, isto é, ao mesmo tempo em que a atuação de particulares pode contribuir para o fortalecimento do sistema de concorrência, o chamado *enforcement* privado pode também desestimular os infratores a tomarem parte em um dos instrumentos mais utilizados pelo *enforcement* público, que é o programa de leniência.

Isto porque os infratores podem ser desincentivados a seguir adiante em qualquer programa de colaboração junto à autoridade concorrencial, diante da possibilidade de, com a celebração de acordo com o Cade em que devem reconhecer o ilícito e sua autoria, assumirem um risco aumentado de responder a ações de indenização perante as vítimas do ato ilícito.

Sem embargo dos desafios na composição de interesses, a indenização deve ser sempre um remédio disponível aos prejudicados, em cumprimento de garantia constitucionalmente assegurada em nosso ordenamento.

3. CONCLUSÃO

Embora o valor da livre iniciativa, como fundamento da República que é, assegure o exercício da autonomia privada aos agentes econômicos, permitindo-lhes o exercício de sua liberdade econômica, justamente porque de um lado prestigia a livre concorrência, o próprio ordenamento jurídico de outro lado previne eventuais abusos no exercício das liberdades que possam comprometer os valores que consagra, oferecendo resposta aos atos que acabem por violar a ordem econômica brasileira, caracterizando-se como ato ilícito de natureza concorrencial.

O Direito brasileiro apresenta, então, resposta em três âmbitos, dois cuja função prioritária é sancionatória, a saber, o da responsabilidade administrativa, apurada pela autoridade administrativa de concorrência, o Cade, e o da criminal, em que o processo para apuração do crime e imposição

29 Neste caso, esclareça-se, não se trata de apuração de infração concorrencial, mas sim de ato de improbidade administrativa, e o Cade não tomou parte do acordo. As celebrantes foram a Controladoria Geral da União (CGU) e a Advocacia Geral da União (AGU), no âmbito de suas competências. Mas o exemplo é pertinente porque se aplica perfeitamente ao que se quer destacar, vale dizer, o conceito da autonomia dos interesses tutelados no ordenamento, no sentido de que o acordo de colaboração assinado pelo infrator com um órgão da Administração, ainda que possa considerar eventuais direitos de terceiros (por exemplo, na concessão de desconto no valor a ser recolhido à Administração pública em virtude de indenizações feitas a particulares prejudicados pela prática ilícita) não tem o condão de dispor sobre estes direitos. Apenas os próprios titulares, por meio dos instrumentos de tutela de que dispõem em nosso sistema jurídico, poderão decidir se e como transacionar a respeito de seus direitos, eventualmente renunciando a parte ou à totalidade da indenização pelos prejuízos sofridos, esta que não se confunde com a punição que compete ao Poder público.

de pena corre perante o Judiciário, e um terceiro cuja função prioritária é ressarcitória, o âmbito da responsabilização civil.

Este trabalho buscou apontar brevemente referidos âmbitos de responsabilização, ponderando que ainda que todos sejam destinados a densificar os valores consagrados na Constituição, se baseiam em diferentes pressupostos, e priorizam, cada um por seus próprios mecanismos, interesses específicos, exigindo interpretação que deve ser atenta, a um só tempo, à independência das esferas, contudo também à sua correlação e influências recíprocas.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, maio 2013, p. 71-104. Disponível em: <https://bit.ly/3AE6Cwb>. Acesso em: 01 abr. 2022.

Não localizada CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **IBRAC/TIM. Ideias em competição: 5 anos do prêmio IBRAC TIM**. São Paulo: IBRAC/TIM/Singular, 2015.

DORIGON, Alessandro; ALÉCIO, Suelen Maiara dos Santos. O acoplamento estrutural entre as matérias jurisdicionais e sua influência na reparação do dano decorrente da sentença penal condenatória. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 13., 2018, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2018. p. 563-597. Disponível em: <https://bit.ly/3AEQbjn>. Acesso em: 01 abr. 2022.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Impactos da Lei 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 108, n. 1010, p. 149-179, dez. 2019.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; ALMEIDA, Jonathan de Oliveira. Socialização do risco e o seguro obrigatório DPVAT de responsabilidade civil: caminhos e perspectivas de um debate em construção. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 47-66, maio/ago. 2021.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3GEhQV8>. Acesso em: 01 abr 2022.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. Teoria normativa da culpabilidade no direito antitruste. *In*: MACEDO, Alexandre Cordeiro; BRAGA, Tereza Cristine Almeida (org.). **Tópicos especiais de direito concorrencial**. São Paulo: CEDES, 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

PINHEIRO, Lucas Corrêa Abrantes. O mínimo indenizatório sincrético e as violações ao devido processo penal. **Revista do Tribunal Regional Federal 1a. Região**, Brasília, v. março, p. 68-74, 2010. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=7777>. Acesso em: 01 abr. 2022.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. [S. l.: s. n.], 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 01 abr. 2022.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 9-27, out./dez. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERNANDES, Micaela. As respostas punitiva e reparatória previstas na Lei de Defesa da Concorrência Brasileira ao ato ilícito concorrencial. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 64-80, 2022.

