

Tipos de responsabilização

O SBDC, formado essencialmente pelo CADE e pela SEPRAC, cuida de infração e responsabilização administrativa, ou seja, responsabilização civil e criminal não estão contempladas.

A responsabilização administrativa pode atingir tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, inclusive entidades que não realizem atividade empresarial.

Vejamos um resumo dos tipos de responsabilização:

| Tipo | Sujeito | Ator e Fundamento |
|------------------------------------|---|--|
| Responsabilidade Administrativa | Pessoa Jurídica (objetiva) Pessoa Física (subjativa ou objetiva) | CADE LDC Lei Anticorrupção (casos específicos) |
| Responsabilidade Criminal | Pessoa Física | Ministério Público Lei 8.137/90 Lei 8.666/93 Lei 9.279/96 |
| Responsabilidade Civil | Pessoa Jurídica | Ministério Público/Outros CDC LACP Lei Anticorrupção |
| Responsabilidade Civil-Empresarial | Pessoa Física (Administrador e Acionista Controlador) | Particulares LSA (art. 117 e 158) Lei Anticorrupção |

Nova LDC

As grandes novidades da nova LDC são processuais. Observa-se a valorização do processo sancionador, a modificação das espécies processuais, a ampliação dos poderes instrutórios, a redução das sanções administrativas, a valorização da participação de terceiros e a alteração do regime de acordos.

Já o direito material permanece praticamente igual, uma vez que dosimetria das sanções e a definição da infração concorrencial foi mantida e o rol exemplificativo de infrações sofreu poucas alterações.

A infração concorrencial

A infração concorrência é composta por conduta e efeito:



Fonte: elaboração própria

A interpretação literal do art. 36 da LDC mostra que não existe infração per se, ou seja, a simples ocorrência de alguma conduta de mercado não gera uma infração concorrencial.

Além do comportamento, comissivo ou omissivo, é preciso que haja efeito nocivo real ou potencial.

A norma apresenta um rol exemplificativo de condutas, que serve para mera ilustração e não esgota as possibilidades de configuração da infração. Vejamos:

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.

Ainda que a letra da lei indique a impossibilidade de infração per se, a jurisprudência do CADE por vezes entende o cartel nesses termos.

Características da infração

No direito concorrencial, a infração restará configurada com o comportamento e a existência de dano ou perigo de dano, independentemente de sua forma.

A Lei de Defesa da Concorrência não descreve os comportamentos que caracterizam a infração concorrencial, mas sim alguns dos comportamentos que podem caracterizá-la, quando verificado dano ou perigo de dano no caso concreto.

É o conteúdo do art. 36, § 3º, da LDC, que se passa a transcrever:

§ 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:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

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

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
e
XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Ainda que extensa, a lista é meramente exemplificativa e não esgota as condutas que podem vir a constituir uma infração concorrencial.

Os comportamentos elencados não são automaticamente infrativos, já que é imprescindível a existência de dano para a existência de infração concorrencial.

Exemplos de infração

Os principais exemplos de infrações concorrenciais são os seguintes:

- Cartel: acordar, combinar manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, os preços, quantidade de produção ou comercialização, divisão do mercado, bem como condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- Preço predatório: vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- Discriminação: discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- Boicote: recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Agente infrator

O agente infrator pode ser pessoa jurídica, de direito público ou privado, temporária ou não, com ou sem finalidade lucrativa, ou pessoa física.

Se o autor for pessoa jurídica ou física a responsabilidade independe de culpa ou dolo, isto é, incide a responsabilidade objetiva.

Se o autor for pessoa física na qualidade de administrador, direta ou indiretamente responsável pelo comportamento que gerou o dano, sua responsabilização dependerá da condenação da pessoa jurídica e da demonstração de culpa ou dolo.

Destaca-se a redação do art. 33 da LDC que institui a responsabilidade extensível às empresas e entidades que participem de grupo econômico.

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Efeitos: Tipologia

Conforme mencionado, os efeitos que levam a confirmação da ocorrência de infração concorrencial tem raízes históricas. Passaremos a analisar cada um deles:

- Prejudicar livre concorrência ou iniciativa: é um tipo residual, extremamente aberto e que depende de comprovação fática da distorção ou risco;
- Dominar mercado de bens ou serviços: a conquista de mercado natural não é ilícita, a partir de fatores como preço, qualidade, inovação, fidelização do consumidor. É ilícita aquela que decorre de comportamento abusivo;
- Abusar da posição dominante: a utilização do poder de mercado para manipular as condições de competição. Presume-se relativamente a posição dominante quando determinada empresa detiver 20% do mercado relevante (art. 36, § 2º), cabendo prova em contrário;
- Aumentar arbitrariamente os lucros: o lucro não é ilícito per se, mas apenas quando decorrente de comportamento abusivo.

Os comportamentos infrativos podem ter efeitos presentes ou concretos, isto é, o dano, devendo o CADE provar sua ocorrência, ou ainda ter efeitos potenciais ou possíveis, um efeito que ocorrerá no futuro.

Veja-se que estamos tratando dos efeitos e não da conduta. A conduta futura não poderá ser punida, afinal, não há como saber qual seria o comportamento real do infrator. É punível apenas a conduta presente com resultado futuro potencial, sendo indispensável a prova do potencial risco. Essa infração é análoga ao crime de perigo concreto.

Prescrição

A infração concorrencial é uma infração administrativa que está sujeita ao instituto da prescrição. Antigamente, a prescrição estava regulada na Lei 9.873/1999, que cuida o exercício do poder de polícia. Entretanto, atualmente, as normas de prescrição constam do art. 46 da LDC.

No direito da concorrência consideramos 3 modalidades de prescrições, são elas:

- Geral: 5 anos da prática ou cessação;
- Intercorrente: 3 anos durante o processo administrativo;
- Se crime, como por exemplo o cartel, a prescrição é regulada pela Lei 8.137/1990.

As causas de suspensão da prescrição são duas, quais sejam, (i) notificação, intimação e ato administrativo ou judicial de apuração e (ii) vigência de compromisso de cessação ou ACC.