

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Rodrigo França Vianna

A culpabilidade na caracterização da infração administrativa à ordem econômica

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo

2023



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rodrigo França Vianna

A culpabilidade na caracterização da infração administrativa à ordem econômica

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. Maurício Garcia Pallares Zockun.

São Paulo

2023

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura_____

Data_____

e-mail_____

Cutter VIANNA, Rodrigo França.

A culpabilidade na caracterização da infração administrativa à ordem econômica / Rodrigo França Vianna – São Paulo, 2023.

Paginação: 159 / Dimensão;

Orientador: Prof. Dr. Maurício Garcia Pallares Zockun.
Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, julho de 2023.

Area de concentração: Direito Administrativo.

1. Direito Concorrencial. 2. Infrações à ordem econômica. 3. Culpabilidade. I. ZOCKUN, Maurício Garcia Pallares. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. A culpabilidade na caracterização da infração administrativa à ordem econômica.

CDD...

Rodrigo França Vianna

A culpabilidade na caracterização da infração administrativa à ordem econômica

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito Administrativo.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Dr. Maurício Garcia Pallares Zockun – PUC-SP

Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – PUC-SP

Dra. Ana de Oliveira Frazão Vieira de Mello - UNB

AGRADECIMENTOS

Desde cedo, aprendi com meus pais que é verdadeiramente inconcebível pensar em qualquer mérito egoístico. Primeiro, é a eles o meu agradecimento.

À minha mãe Rosemary, cujo suporte, acolhimento, carinho e generosidade sempre permeiam quaisquer de minhas empreitadas. Ao meu pai Ragner, também meu primeiro Professor, a quem devo toda minha curiosidade, sede pelo conhecimento e pela construção da lógica e senso crítico, jurídicos ou não. O amor incondicional de ambos serviu e serve como o mais nobre combustível para meu trânsito pela vida. Também ao meu irmão, eterno parceiro, que cotidianamente ressignifica a mim a acepção de obstinação e resiliência.

Aos três, agradeço por *ser, saber e pertencer*.

Ao meu orientador Prof. Maurício Zockun, por despertar minha paixão pelo Direito e pelo Direito Administrativo, bem como por todo o conhecimento transmitido, pelas orientações técnicas e pelo incentivo constante. Suas lições e provocações, tão rigorosamente lógicas, foram fundamentais em todo meu processo de formação, em especial no Mestrado.

À Raquel Jorge, quem tenho o privilégio de acompanhar ao final desta jornada. Sem sua terna presença, eu certamente teria sucumbido sob a pressão.

À minha família, em especial meus primos, e colegas de trabalho que tão generosamente vibram a cada pequena conquista.

Aos queridos amigos, em especial à Fabiana Logullo, ao Pedro Keese, ao Lévio Scattolini e ao João Pedro Fragoso, pelas discussões e contribuições de valor inestimável ao desenvolvimento deste estudo.

À Profa. Renata Fiori, que muito além do magistério, ensina-me o verdadeiro significado de humildade e dedicação. Mais que uma mentora, um modelo de ser humano e docente, a quem tenho o privilégio de chamar de amiga.

Ao Dr. Franceschini, cujas lições dadas com imensuráveis paciência e gentileza sempre renovam meu ímpeto questionador e me emancipam do senso comum.

Hoje, mais que nunca, compreendo que qualquer conquista é compartilhada e que nada seria possível sem o amor e carinho do outro. A obtenção deste mestrado é, sim, uma batalha de minha jornada acadêmica, mas cuja vitória é, sem dúvida, coletiva.

*“O que, dentro de mim, intuído pelo meu espírito,
é livre arbítrio, fora de mim, apreendido pelos
outros, é responsabilidade”.*¹

¹ BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Da responsabilidade penal e da isenção da pena**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 64.

RESUMO

O presente trabalho aborda o papel da culpabilidade na caracterização das infrações administrativas à ordem econômica. O objetivo central do estudo é avaliar as propostas doutrinárias de interpretação da expressão “independentemente de culpa” constante do *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 e indicar a formulação mais bem alinhada à Constituição Federal. Trata-se de análise teórica, jurídico-dogmática, sob um raciocínio hipotético-dedutivo, desenvolvido sobre as bases metodológicas do constructivismo lógico-semântico, de Paulo de Barros Carvalho. A construção do sentido das normas analisadas se deu a partir da formulação tripartite de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “analítico, hermenêutico e pragmático”, e a interpretação conforme a Constituição se deu com base na teoria de Hermenêutica Constitucional, de Lênio Streck. Sob a perspectiva analítica, o estudo extrai da Teoria Geral do Direito a anatomia da norma jurídica completa, centralizando-se no nexos de causalidade jurídica entre as normas antecedente e consequente. Sob as perspectivas hermenêutica e pragmática, define o regime e bem jurídico tutelado. O estudo giza os pontos de consenso doutrinário acerca do direito administrativo sancionador e elege o panorama de análise dos elementos que estruturam uma infração a partir de um cotejo com os regimes jurídicos criminal e civil. O estudo formula uma proposta de matização principiológica para o direito administrativo sancionador e analisa a estrutura do delito, à luz da teoria finalista do direito penal, com enfoque no princípio da culpabilidade. Apresenta, então, as teorias de nexos de causalidade e imputação próprias de pessoas jurídicas. Ao se considerar os fundamentos e finalidades do regime repressivo, estabelece que a teoria da culpabilidade normativa (ou objetiva) e a teoria do defeito de organização são as teorias mais apropriadas. O estudo aplica essas formulações gerais ao ambiente específico do Direito Concorrencial, analisando os elementos das infrações à ordem econômica com base nessas teorias. São, então, apresentadas as “teorias de análise antitruste”, próprias desse ramo do direito, e analisada a compatibilidade de cada uma com os preceitos construídos. Finalmente, o estudo conclui pela preconização da teoria da culpabilidade normativa, desde que limitada ao uso de presunções relativas para verificação dos elementos do delito, sendo incabível nos casos de aplicação da chamada regra *per se* (isto é, caso se classifique a infração como formal).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador; Direito Concorrencial; Infrações à Ordem Econômica; Culpabilidade.

ABSTRACT

The present work deals with the role of culpability in the characterization of administrative infractions to the economic order. The main objective of this study is to evaluate the doctrinal proposals for the interpretation of the expression "regardless of guilt" contained in the *caput* of art. 36 of Law nº 12.529/2011 and indicate the formulation best aligned with the Federal Constitution. It is a theoretical, legal-dogmatic analysis, under a hypothetical-deductive reasoning, developed on the methodological bases of logical-semantic constructivism, by Paulo de Barros Carvalho. The construction of the meaning of the norms analyzed was based on the tripartite formulation of Tércio Sampaio Ferraz Jr., "analytical, hermeneutic and pragmatic", and the interpretation according to the Constitution was based on the theory of Constitutional Hermeneutics, by Lênio Streck. From an analytical perspective, the study extracts from the General Theory of Law the anatomy of the complete legal norm, focusing on the legal causality link between the antecedent and consequent norms. Under the hermeneutic and pragmatic perspectives, it defines the legal regime and interests protected. The study outlines the points of doctrinal consensus about sanctioning administrative law and chooses the panorama of analysis of the elements that structure an infraction from a comparison with the criminal and civil legal regimes. The study formulates a modulation proposal for legal principles for sanctioning administrative law and analyzes the structure of a legal offense, in the light of the finalist theory of criminal law, focusing on the principle of culpability. It then presents theories of causality and imputation of legal entities. When considering the foundations and purposes of the repressive legal regime, it establishes that the theory of normative (or objective) culpability and the theory of organizational failure to supervise are the most appropriate theories. The study applies these general formulations to the specific environment of Competition Law, analyzing the elements of violations of the economic order based on these theories. Then, the "theories of antitrust analysis", typical of this antitrust law, are presented, and the compatibility of each one with the constructed precepts is analyzed. Finally, the study concludes by recommending the theory of normative culpability, as long as it is limited to the use of relative presumptions to verify the elements of the crime, which is not applicable in cases where the so-called *per se* rule is applied (that is, if the infraction is classified as formal).

KEYWORDS: Sanctioning Administrative Law; Competition Law; Violations of the Economic Order; Culpability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PREMISSAS E ESTRUTURAS LÓGICAS DA NORMA JURÍDICA	13
2 OBJETO: A INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA	19
2.1. Arcabouço constitucional e bem jurídico tutelado.....	20
2.2. Regime jurídico.....	30
3 NEXO DE CAUSALIDADE JURÍDICA	38
3.1 Regime jurídico ressarcitório versus regime jurídico sancionador (punitivo)	38
3.1.1 Concepções de responsabilidade	39
3.1.2 Esclarecimentos sobre as concepções de dano	44
3.1.3 Fundamentos da responsabilidade e finalidades da sanção	48
3.1.4 A doutrina da matização principiológica.....	53
3.1.5 Critério de matização principiológica.....	60
3.1.6 O princípio da culpabilidade.....	64
3.1.7 Culpa e culpabilidade	70
3.2 Teorias de nexo de causalidade e imputação para pessoas jurídicas.....	79
3.2.1 Autorregulação e o <i>compliance</i>	82
3.2.2 Teoria do defeito de organização e autorregulação	88
4 A CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA	95
4.1 O elemento objetivo do tipo: as teorias de análise antitruste	106
4.1.1 Regra da razão	110
4.1.2 Adoção de presunções: a Regra da Razão Modificada e a Teoria <i>per se</i>	118
4.1.3 Impactos hermenêuticos das Teorias de Análise Antitruste	124
4.2 O elemento subjetivo do tipo: independentemente de culpa	131
5 CONCLUSÃO.....	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

INTRODUÇÃO

Este estudo buscou identificar as propostas doutrinárias existentes acerca da interpretação do fenômeno de subsunção das infrações à ordem econômica, positivadas no art. 36 da Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), sob o recorte específico da responsabilidade imposta a pessoas jurídicas. O *caput* do mencionado dispositivo prevê, a priori, ao adotar a expressão “independentemente de culpa”, a imposição de *responsabilidade objetiva* por cometimento das infrações referidas na norma.

Como se sabe, consoante as lições de Norberto Bobbio², Paulo de Barros Carvalho³ e José Souto Maior Borges⁴, as normas jurídicas são indissociáveis de todo o ordenamento e permeadas pelo princípio da segurança jurídica, compondo sistemas de direito positivo, não regras cujo conteúdo seja extraível de forma autônoma e isolada. Põe-se como objeto de investigação essa expressão “independentemente de culpa” e suas possíveis interpretações, buscando-se formulação que nos parece mais constitucionalmente adequada.

Quanto à metodologia de pesquisa, pretende-se empreender uma análise teórica, jurídico-dogmática, do Direito posto brasileiro, sob um raciocínio hipotético-dedutivo. Mais especificamente, busca-se analisar a norma jurídica contida no art. 36 da referida Lei sob a

² “A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, 1ª Ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 21)

³ “Construir a norma aplicável é tomar os sentidos de enunciados prescritos no contexto do sistema de que fazem parte. A norma é proposição prescritiva decorrente do todo que é o ordenamento jurídico. Enquanto corpo de linguagem vertido sobre o setor material das condutas intersubjetivas, o direito aparece como conjunto coordenado de normas, de tal modo que uma regra jurídica jamais se encontra isolada, monadicamente só: está sempre ligada a outras normas, integrando determinado sistema de direito positivo. Depende a norma, pois, desse complexo produto de relações entre as unidades do conjunto. É produzida por um ato (do Legislativo, do Executivo, do Judiciário ou mesmo do particular), sua fonte material. Mas, ao ingressar o enunciado linguístico no sistema do direito posto, seu sentido experimenta inevitável acomodação às diretrizes do ordenamento. A norma é sempre o produto dessa transfiguração significativa”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6a ed., São Paulo: Noeses, 2015, p. 136)

⁴ “Mas a regra hermenêutica não sem razão anatematiza a interpretação literal de um dispositivo isolado e a técnica interpretativa (sic) interdita a exegese de um texto, abstraído o seu contexto. E encontra admirável aplicação no âmbito da segurança jurídica. O art. 5º da CF de 1988 é um outro nome normativo da segurança jurídica, todo ele o é. E nenhum dispositivo isolado seu. Mas a segurança é, também ela, um instrumento da justiça”. (BORGES, José Souto Maior. Marcos Juruena Villela. **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002, p. 3).

tríade *forma, significado e função*. Isto é, na formulação metodológica de Tércio Sampaio Ferraz Jr, sob os prismas “analítico, hermenêutico e pragmático”.⁵

Essa distinção de abordagens tem fins didáticos e clareza metodológica quando do estudo e descrição do fenômeno de aplicação do direito, dividindo sua observação, enquanto objeto de estudo, em etapas. A bem da verdade, a aplicação da norma jurídica perpassa pelos três prismas em constante simbiose, sendo impossível distinguir cada viés senão para fins científicos.

O estudo do Direito posto trata da construção de sentido, daí a utilidade da metodologia construtivista lógico-semântica de Carvalho, cujas ferramentas serão úteis em todo o trabalho adiante. A noção de construção lógico-semântica parte de uma relação não conflituosa entre forma e conteúdo, como ensina Fabiana Tomé⁶, em destaque por seu sólido supedâneo em doutrina clássica e especial clareza:

Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se não de um repúdio, mas sim de um completamento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional.

Isto posto, buscar-se-á uma análise coerente dos institutos normativos envolvidos na matéria, observando-os primeiramente sob o prisma lógico-jurídico (sintaxe), depois sob o prisma do regime jurídico-positivo ao qual se submete (semântica), sem que se perca de vista, afinal, uma observação segundo suas finalidades normativas (pragmática), definidas pelo próprio Direito posto conforme a Constituição Federal.

O estudo *conforme* a Constituição Federal se dará à luz da teoria de Hermenêutica Constitucional de Lênio Streck, que carrega consigo, a nosso ver, madura baliza hermenêutica

⁵ Em síntese, o modelo analítico pretende observar a norma jurídica sob recursos sistemáticos, classificando os fenômenos e suas estruturas imanentes, isto é, inicialmente observando a norma como um objeto logicizado. Posto este primeiro prisma sintático, o segundo é o modelo hermenêutico, que observa os fenômenos procurando seu objeto em sua pertinência inseparável do contexto dentro do qual é capaz de produzir sentido. Ou seja, observa a norma como integrante de uma relação, em seu aspecto semântico. Por derradeiro, o terceiro modelo, chamado de empírico ou pragmático, encara a norma como um processo decisório, buscando captar o objeto por suas funções dentro de um determinado contexto. O autor alerta que este último prisma, posto como paradigma analítico na obra, não se converte em sociologismo jurídico, nas palavras do autor, devendo ser entendido “não como descrição do direito como realidade social, mas como investigação dos instrumentos jurídicos de controle de comportamento. Não se trata de saber se o direito é um sistema de controle, mas, assumindo-se que ele o seja, como devemos fazer para exercer este controle”. (FERRAZ JR., Tercio Sampaio *et al.* **A norma jurídica**. Coordenação: Sérgio Ferraz. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980. p. 8).

⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A estrutura lógica das normas jurídicas**. In: *Lógica e Direito*. Coord. Paulo de Barros Carvalho, Org. Lucas Galvão de Britto, São Paulo: Noeses, 2016. p. 294.

ao nosso sistema de estrutura constitucionalista. Isto é, este trabalho se propõe a construir o sentido da norma, à luz da metodologia supra, buscando o maior império da Carta.

No fio dessa doutrina, lê-se o ato de hermenêutica não como um ato de vontade, ou escolha, mas de um ato de decisão, com estrutura distinta⁷. O hermeneuta constitucional, no ato de decisão, preocupa-se com a manutenção do Estado de Direito Democrático, evitando margens para arbitrariedade ou correção moral do direito⁸.

Acrescenta-se, por oportuno, no presente contexto da análise de infrações à ordem econômica, a *correção econômica* do Direito, problemática especial no contexto do Direito da Concorrência, que pode sofrer certa influência da ciência econômica. Cabe notar que a noção de correção aqui empregada é um ato póstumo de adequação visando um determinado resultado naturalístico, permeado pelo *consequencialismo*. Isto é, ao contrário do que aqui se defende (a importação de pressupostos e conceitos epistemológicos econômicos, quando de rigor, a partir do texto normativo para sua construção semântica), a ideia de que se possa modular a apreciação semântica da norma, buscando adequar conceitos jurídicos a determinados objetivos economicamente qualificados⁹.

Como se verá, importou-se teorias de escolas clássicas do direito concorrencial estrangeiro, que propõem uma abordagem econômica do Direito (como a chamada “*Law and Economics*”). Nessa linha, preconiza-se a eficiência econômica como valor referencial do *common law*, com um ideal econômico de justiça¹⁰. É a eficiência econômica que tornaria objetivo o critério para distinguir o que é ou não justo.

Conforme antecipado, a doutrina de Streck orienta o papel da hermenêutica à preservação da força normativa da Constituição¹¹, isto é, a interpretação de qualquer norma jurídica do sistema deve ser realizada de modo a garantir à Constituição Federal seu maior

⁷ STRECK, Lenio. **Hermenêutica constitucional**. in Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo II: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 10.

⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁹ Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o trecho do Voto do então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo: “**O ponto, contudo, é que a tarefa que se coloca ao CADE não é a de saber, com grau de verdade científica, qual lado desse debate teórico econômico tem razão.** Essa é uma tarefa muito importante, mas que é reservada, exclusivamente, para os debates acadêmicos e científicos da economia. **Para o CADE, a questão é decidir como esse caráter ambíguo pode ser traduzido em uma política de interpretação e ‘enforcement’ do art. 21, X1, da Lei n. 8.884/94, que seja, ao mesmo tempo, racional para a Administração, justa para o administrado, e de bom senso em termos de incentivos para os agentes do mercado**”. (BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Relator: César Costa Alves de Mattos. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, p. 9, fls. 1699-1700. Data do Julgamento: 31/01/2013. Grifo do autor)

¹⁰ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ª Ed. Wolters Kluwer, 1986. p. 19 e 26.

¹¹ STRECK, *op. cit.*, p. 14.

império possível, entendendo todo o ordenamento jurídico como um único organismo irrigado pelos valores constitucionais.

Streck propõe cinco pilares, que estarão subjacentes à presente análise. A Hermenêutica Constitucional deverá ter por princípios (i) a preservação da autonomia do direito, como sua própria condição de possibilidade, (ii) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, voltado à imposição de limites à discricionariedade, (iii) integridade e coerência do Direito, (iv) dever fundamental de justificação/fundamentação das decisões, e (v) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, consequência da obediência aos demais princípios.

Erguendo-se sobre tais metodologias, buscamos essencialmente responder à seguinte pergunta de pesquisa: *como se deve interpretar, à luz do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a expressão “independentemente de culpa” constante da cabeça do art. 36 da Lei nº 21.529/2011?*¹² À primeira vista, parece a expressão referir-se à responsabilização objetiva. Questiona-se, contudo, se de fato é essa a interpretação mais juridicamente adequada.

O Capítulo 1 parte de uma perspectiva sintática, procurando delinear o esqueleto do objeto de pesquisa. Nesse sentido, o capítulo estabelece as premissas de ordem lógica acerca da anatomia das normas jurídicas completas, compostas por uma norma antecedente e uma consequente, ligadas por um vínculo interproposicional (nexo de causalidade jurídica), além dos conceitos integrantes dessa estrutura que serão essenciais a este estudo.

No Capítulo 2, adotamos a perspectiva semântica, procurando estabelecer as premissas para a atribuição de sentido aos textos normativos. Nesse capítulo, partimos às premissas quanto ao bem jurídico tutelado e o regime jurídico que nortearam a construção de sentido das normas jurídicas analisadas, sempre sob a luz da Carta Maior.

No Capítulo 3, aborda-se especificamente o nexo de causalidade jurídica supramencionado. Estudamos, a partir das premissas sintáticas e semânticas definidas nos dois capítulos anteriores, a anatomia das infrações de diferentes regimes jurídicos, desde seu suporte fático até os elementos necessários à sua caracterização. A partir dessa anatomia, investigamos as teorias de nexo de causalidade jurídica e imputação próprios para pessoas jurídicas, que completam o arcabouço ferramental teórico à inteligência da infração à ordem econômica.

¹² Conforme se lê da Lei nº 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”. (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. nº1, 30 nov. 2011).

No Capítulo 4, erguemo-nos sobre esses elementos estruturantes das infrações à ordem econômica. Dividimos a análise entre elementos objetivos e o elemento subjetivo, fazendo-a em cotejo com as chamadas teorias de análise antitruste, bastante relevantes ao contexto do presente trabalho. Nesse diapasão, investigamos as propostas doutrinárias de cada um dos institutos jurídicos pertinentes, concluindo, afinal, pela interpretação que nos parece mais coesa às premissas adotadas.

1 PREMISSAS E ESTRUTURAS LÓGICAS DA NORMA JURÍDICA

Em termos de semiótica¹³, importante recurso do construtivismo lógico-semântico¹⁴, de Carvalho, é tarefa essencial para compreensão dos fenômenos jurídicos a descrição dos institutos envolvidos, superando rótulos e fixando os significados e sua interação em termos formais. Portanto, passando à primeira tarefa, demanda-se definição dos conceitos estruturais da matéria: *conduta*, *ilícito* e *sanção*.

Se o Direito pode ser conceituado como a ordem normativa do comportamento humano dotada de coercibilidade institucionalizada¹⁵, logo se denota umbilical relação entre tal ordem de normas e sua função de conformação ou orientação do comportamento humano. Em perfeito alinhamento às lições de Carvalho, conforme Lourival Vilanova¹⁶: “*O Direito positivo existe como técnica de ordenação da conduta humana, numa situação global historicamente individualizada*”. É este comportamento humano que figura como elemento central e pode ser chamado de *conduta*, a *ação* que serve de objeto e fornece referencial aos modais *obrigatório*, *proibido* e *permitido*¹⁷.

A ação a que se destina o comando normativo pode ser significada como uma interferência humana sobre como poderia ou deveria ter corrido o curso da natureza, podendo,

¹³ Consoante às noções de Lucia Santaella, em sua obra sobre a importância da semiótica para a construção do conhecimento. (SANTAELLA, Lucia. **A relevância da semiótica para a construção do conhecimento** in CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.); BRITTO, Lucas Galvão (Org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016).

¹⁴ PAULINO, Maria Angela Lopes. **A teoria das relações na compreensão do direito positivo**. Constructivismo Lógico-semântico, Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 374-375.

¹⁵ CAMMAROSANO, Márcio. **O Estado brasileiro é realmente democrático?**. In: MEIRELLES, João Victor Esteves et. Democracia e Crise: **Um olhar interdisciplinar na construção de perspectivas para o Estado brasileiro**. Brasil, Autonomia Literária, 2020. p. 438.

¹⁶ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: RT, 1977. P. XXI.

¹⁷ “O que uma norma de direito positivo enuncia é que, dado um fato, seguir-se-á uma relação jurídica, entre sujeitos de direito, cabendo, a cada um, posição ativa ou passiva. Mais. Que nessa relação jurídica primária define-se o conteúdo da conduta, modalizando-a como obrigatória, permitida ou proibida”. (MOUSSALLEM, Tarek Moysés. **A Lógica Como Técnica de Análise do Direito**. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de. (Org.). **Constructivismo Lógico-Semântico**. Vol. I. 1ed. São Paulo: Noeses, 2020, v. 1. p. 164).

pois, ser positiva (comissiva) ou negativa (omissiva), mediante a verificação de condições lógicas de ação e seu resultado (mudança no estado de coisas)¹⁸. Por isso, a normatização do comportamento pode considerar como uma *conduta* (i) uma ação; (ii) um conjunto de ações ou (iii) até mesmo a *ausência* de uma ação, em caso de omissão de um comportamento *obrigatório*.

Importante tratar da noção de conduta de pessoas jurídicas. É certo que qualquer ação tomada pela pessoa jurídica, enquanto ente abstrato ou coletivo, foi, a bem da verdade, tomada por algum ser humano que lhe apresenta¹⁹. A noção de “apresentação”, bem como a relevância desse conceito, pode ser bem explicada por Pontes de Miranda²⁰, no sentido de que a “representação” ocorre por meio de identidade distinta, enquanto o vínculo de “apresentação” se dá por meio de estrutura orgânica, direta. A atuação de agente é, pois, manifestação direta, não indireta, da entidade à qual integra.

Também é certo que o Direito cria suas próprias realidades, construindo não apenas o conceito deôntico de pessoa jurídica, mas também suas relações jurídicas, direitos e obrigações a ela relacionados. Conforme se detalha adiante, o Direito positivo acolhe sem problemas a noção de *conduta* da pessoa jurídica, atribuindo normativamente essas condutas como próprias do ente coletivo, ainda que no plano fenomênico aja organicamente por meio de prepostos. Tal premissa se faz relevante diante das considerações acerca da autorregulação e sua relação com a imputabilidade de pessoas jurídicas.

¹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio *et al.* **A norma jurídica**. Coord. Sérgio Ferraz. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980. p. 17.

¹⁹ “As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito: é o sistema-jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por êsses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateral (fundações). Em tôdas há o suporte fático; e não há qualquer ficção em se ver pessoa nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações: não se diz que são entes humanos; caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas (...) A vigorosa assunção de Pontes de Miranda à ideia de que os órgãos da pessoa jurídica a apresentam” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. págs. 399-412).

²⁰ “As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito: é o sistema-jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por êsses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateral (fundações). Em tôdas há o suporte fático; e não há qualquer ficção em se ver pessoa nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações: não se diz que são entes humanos; caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas (...) A vigorosa assunção de Pontes de Miranda à ideia de que os órgãos da pessoa jurídica a apresentam” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. p. 399 – 412).

Nesse diapasão, as normas jurídicas colhem do ambiente social esses comportamentos e prescrevem determinadas consequências, concretizando o fenômeno da “incidência jurídica”, aqui em sentido próprio, quando ocorre sua aplicação²¹, conforme lição de Carvalho²².

No caso da incidência normativa sobre comportamento ilícito, trata-se de comportamento que fere um comando normativo, ensejando a aplicação de outro. Rememora-se que uma *norma* é composta por um antecedente (hipótese) e um consequente (comando)²³, sendo a conduta ilícita contrária *ao comando* (ou *mandamento*), o consequente da norma.

Seja mediante comportamento comissivo proibido, seja mediante abstenção de comportamento obrigatório, a configuração deontológica de conduta contrária a esse mandamento demandará uma resposta pelo ordenamento. Essa resposta está presente em uma segunda norma, também composta por uma hipótese e mandamento, sendo a hipótese a violação da norma primária e o mandamento a imposição da correspondente sanção. A aplicação dessa norma secundária representa a incidência da *norma jurídica completa*²⁴.

Daí a sistematização lógica da hipótese e mandamento e, depois, da norma jurídica completa, composta por uma norma primária e uma norma secundária, conforme leciona Carvalho²⁵:

Na sua completude, as regras do direito têm feição dúplice: norma primária (ou endonorma, na terminologia de Cossio), a que prescreve um dever, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; norma secundária (ou perinorma, segundo Cossio), a que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária.

Assim, ficam estipuladas essas duas premissas. A primeira, que a norma jurídica completa é composta por uma norma primária (endonorma) e uma norma secundária (perinorma). A endonorma é o antecedente da norma jurídica completa, sendo a perinorma o consequente. A segunda, que ambas a endonorma e a perinorma são, por sua vez, também

²¹ Neste sentido, rechaça-se a noção Pontea de incidência automática e infalível das normas jurídicas.

²² “Percebe-se que a chamada ‘incidência jurídica’ se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira, de subsunção ou de inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido hic et nunc, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito (...) Agora, é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.33).

²³ TOMÉ, *op cit.*, p. 299; CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.54.

²⁴ Neste trabalho, adota-se o conceito de incidência da norma jurídica exposto por Paulo de Barros Carvalho, em contraste à conceituação pontea de incidência infalível (CARVALHO, *op cit.*, p.33).

²⁵ CARVALHO, *op cit.*, p.56.

compostas por um antecedente e um consequente: a hipótese e um mandamento, sendo a conduta ilícita contrária ao mandamento da endonorma.

Nesse diapasão, estão logicamente retratados respectivamente o ilícito e a sanção. Ou seja, ilícitos se configuram pelo comportamento que viola a ordem jurídica (mandamento contido na norma primária) e a sanção é a consequência normativa estipulada pelo ordenamento jurídico como resposta à referida violação (contida, pois, na norma secundária). Outrossim, tanto ilícitos quanto sanções são aqui descritos como categorias lógico-jurídicas justamente devido à sua sintaxe jurídica homogênea, ou seja, trata-se de um mesmo fenômeno lógico, essencialmente indistintos entre si pelo dispositivo ou âmbito jurídico.

A doutrina reconhece largamente a identidade ontológica dos ilícitos, entre si, e das sanções, também entre si, observação que se vê acentuada no cotejo entre direito penal e administrativo sancionador, dada a influência da natureza repressiva da atividade estatal. Neste entendimento, cumpre referência à clássica lição de Hungria acerca da unidade ontológica dos fenômenos aqui referidos, isto é, ilícitos²⁶ e sanções²⁷.

Exclusivamente quanto à identidade lógica desses fenômenos, ainda que com peculiaridades acerca dos desdobramentos ou identidade quanto à natureza jurídica segundo cada regime, há consenso em doutrina brasileira²⁸ e estrangeira²⁹.

²⁶ A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. (...) Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme BELING, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau (...). O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal”. (HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ano 1 n. 1, p.24-31, jan./mar. 1945. p. 24).

²⁷ “Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, pôsto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito”. (*Ibidem*, p. 27).

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Págs. 1401 e 1405; COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo (USP), 2013, p. 145; ZOCKUN, Maurício. **Comentários ao art. 1º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 17.

²⁹ CORDERO, Christian Roman. **El Derecho Administrativo Sancionador en Chile**. In: Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo. Ano VII (2009) nº 16, págs. 93-94; MERLANO SIERRA, Javier Enrique. **La Identidad Sustancial Entre el Delito y La Infracción Administrativa. Anotaciones a propósito de la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador**. Revista de Derecho, núm. 30, diciembre, 2008. Universidad del Norte. págs. 346-347; NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006. p. 156; SANCHEZ, Carlos María Rodríguez. **El derecho administrativo sancionador francés: Evolución histórica del principio de separación de poderes y perspectiva actual**. Gubilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº 10. 2017. p. 25-26.

Há muitos exemplos de manifestações desse consenso em teoria geral nos diversos ramos do Direito. No Direito Administrativo, Bandeira de Mello³⁰ soma à doutrina, acrescentando ainda que infração e sanção são conceitos *indissolúveis*. Ainda nesse ramo, destaca-se, por sua especial clareza e pelos importantes alertas quanto aos critérios distintivos e limites impostos pela ciência do Direito, Daniel Ferreira³¹:

No âmbito do Direito tanto os ilícitos são ontologicamente iguais entre si como também o são as sanções correspondentes. (FERREIRA, 2001; OLIVEIRA, 2005). O que distingue a pena de reclusão da multa, e o homicídio do não-pagamento do tributo, é o regime jurídico ao qual se sujeitam a investigação dos fatos juridicamente indesejados e as respostas de tanto ou, mais simplesmente e como referido por Vitta (2003, p. 34), a autoridade legalmente responsável pela investigação e/ou pela imposição da sanção. (...) É no mesmo sentido a crítica à formulação de um conceito formal de infração administrativa, haja vista que usualmente coincidente com o legal. E conceituar materialmente infração administrativa beira o impossível: a uma pelo fato de que se reconhecem os ilícitos como ontologicamente iguais, não havendo porção substancial que os diferencie entre si. E, a duas, porque se incorreria no potencial equívoco de pretender estabelecer como deve ser o dever-ser, o que não se propõe ao cientista do direito (MELLO, 2007, P.57-58).

No Direito Penal, Lydio Machado Bandeira de Mello³² e João Mestieri³³ também partem dessa premissa na análise dos ilícitos penais³⁴. Outro exemplo, este no contexto do Direito Civil, é Nelson Rosenvald, que³⁵ acrescenta que a sanção e o ilícito são conceitos *interpenetrantes*, prevalecendo em doutrina uma acepção ampla de sanção, como reação à

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 865.

³¹ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas: Entre Direitos Fundamentais e Democratização da Ação Estatal**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, 2012, v.12, n.12, p. 173.

³² BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Crime e exclusão da Criminalidade**. Belo Horizonte: Álvares, 1962, p. 58.

³³ “Não há critério objetivo e imutável para evidenciar quais os ilícitos a serem considerados criminais. O elenco das infrações varia conforme o momento histórico, sendo problema de política criminal e social, de proteger os bens e interesses jurídicos de maior relevância que de outro modo, careceriam de proteção eficaz. (...) Com efeito, os fatos jurídicos ocupam a grande esfera dos sucessos do mundo fático de interesse do sistema jurídico. Neste, a parte maior é representada pelos fatos jurídicos lícitos, os atos e negócios jurídicos; outra, menor, pelos fatos jurídicos que são atos ilícitos. E é justamente a porção maior interna e mais intensa desta classe que forma a categoria dos ilícitos criminais. Daí deduzimos duas questões: (1) a norma criminal diz respeito a uma conduta que se situa dentro do direito; (2) a diferença entre o ilícito criminal e os ilícitos em geral é apenas quantitativa, e depende do critério de oportunidade do legislador”. (MESTIERI, João. **A norma no direito criminal**. In: FERRAZ JR., *op. cit.*, P. 150.)

³⁴ Alguns autores, a exemplo de Hungria e Mestieri, partem dessa mesma premissa, chegando à conclusão de que a distinção entre os ilícitos seria meramente quantitativa. Vale ressaltar que, conforme se aprofunda adiante, ao tratar-se dos regimes jurídicos, não é uniforme em doutrina, nacional ou estrangeira, a noção de distinção meramente quantitativa entre ilícitos que configurem infração civil, administrativa ou penal. No entanto, essa distinção é normativa, não havendo prejuízo, portanto, do estabelecimento, enquanto premissa, da uniformidade lógica do fenômeno jurídico do ato ilícito aqui retratado.

³⁵ “[...] sanções punitivas formam um amplo direito punitivo, sem qualquer diversidade ontológica, com a peculiaridade de que seus quadrantes formais extravasam o direito penal, alcançando o direito administrativo e o direito civil”. (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23).

violação do ordenamento jurídico, representando *uma categoria mais ampla* que engloba punições de setores diversos do ordenamento, inclusive no sentido punitivo.

Destarte, acolhe-se no presente estudo a indistinção formal, entre si, de ilícitos e sanções, observada sua homogeneidade sintática frente às normas jurídicas. A caracterização do ilícito e aplicação da sanção configura uma relação causal, ou relação de implicação³⁶, isto é, a conexão entre esses elementos demanda um nexo de causalidade e essa tríade (ilícito, nexo causal e sanção) formará a *responsabilidade*. O vocábulo “responsabilidade” é utilizado para designar várias situações no campo jurídico, como de antemão alerta Sílvia Venosa³⁷, e até na Constituição Federal, conforme lição de Zockun, em que se aprofunda adiante³⁸. Em sentido amplo, pode ser associada à atribuição a uma pessoa do dever de suportar consequências de um evento ou de uma ação.

Importante observar que o cometimento de ato ilícito não necessariamente será condição suficiente à configuração da responsabilidade e, portanto, da aplicação de sanção. Ainda que idênticos sob o prisma lógico, cada espécie de ilícito pode ser configurado de diferentes maneiras e a atração da sanção pode exigir elementos distintos, já que a formação dessa causalidade jurídica dependerá do conteúdo normativo que lhe é atribuído. Apenas a título de exemplo, que se minudencia adiante, as excludentes de culpabilidade não afastam a ilicitude da conduta e, ainda assim, impedem que o ato seja punível.

Cada regime jurídico pode eleger diferentes bem jurídicos objetos de tutela da ordem normativa, bem como distintos elementos para configuração de uma conduta infracional e/ou para atração da prevista sanção. Daí a necessidade de investigação das normas que definem os elementos estruturantes de cada uma dessas espécies de infrações e dos regimes jurídicos correspondentes.

³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6a ed., São Paulo: Noeses, 2015, p. 124.

³⁷ “O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores etc. Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, aquele que não possui discernimento, por exemplo, a princípio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o Código de 2002 lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada. Em nosso estudo, interessa a responsabilidade de alguém como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como violação de direito na dicção do presente Código, o que acarreta reflexos jurídicos”. (VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 433)

³⁸ ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar**. São Paulo, Malheiros, 2010. p. 21.

No campo administrativo, que contempla objeto do presente estudo, (*i.e.*, as infrações à ordem econômica do art. 36 da Lei nº 12.529/11), por sua diversidade normativa e amplas discussões doutrinárias, a caracterização de infrações guarda certa complexidade. No intuito de descrever a anatomia da infração à ordem econômica, parte-se ao arcabouço constitucional que delimita o bem juridicamente tutelado e, então, ao regime jurídico, especialmente principiológico, que deve nortear a interpretação das normas envolvidas.

2 OBJETO: A INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

O Direito da Concorrência, também chamado de “concorrencial” ou “antitruste”, é objeto de intensa disputa doutrinária e jurisprudencial, não apenas, mas especialmente no Brasil. Nas lições de José Inácio Franceschini e Vicente Bagnoli³⁹, Ana Frazão⁴⁰ e Caio Mario Pereira Neto e Paulo Casagrande⁴¹, o direito da concorrência já foi compreendido de variadas formas, enquanto objeto de estudo ou de aplicação, durante seu amadurecimento no Brasil. Essa pluralidade surge em razão dos diversos regimes, inclusive totalitário, que permearam seu estudo e aplicação pelo tempo, destacando-se sua origem calcada na economia popular, na proteção ao consumidor, e na influência de escolas jurídico-econômicas americanas na busca pela eficiência alocativa, conforme destaques de Calixto Salomão Filho⁴² e Paula Forgioni⁴³.

Sua definição e taxinomia não são pacíficos, encontrando-se diversas posições acerca de seu conceito, bem e regime jurídicos. Esses três elementos impactam qualquer análise

³⁹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018. págs. 160-191.

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33-39.

⁴¹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial. Doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016. págs. 19-24.

⁴² “No Brasil é verdade que a visão publicista é introduzida em uma primeira fase com a legislação de abuso de poder econômico através das regras de proteção à economia popular (decreto-lei 869, de 18.11.1938). É, por outro lado, também inegável que nessa fase não há ainda um verdadeiro corpo de regras antitruste (isto é, protetivas diretamente da concorrência e só através dela, indiretamente do consumidor), mas um corpo de regras diretamente protetivas do consumidor (não havia distinção entre o direito do consumidor e antitruste, podendo-se dizer que, em forma ainda elementar e pouco desenvolvida, as regras de proteção à economia popular incluíam ambas)”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 14.)

⁴³ “No entender de Galgano, a iniciativa privada era protegida em grau máximo, atribuindo-se ao governo a função de agente externo, que deveria intervir apenas para garantir a continuidade do próprio sistema e a reprodução das condições necessárias ao ‘processo de acumulação de capital’. Ao mesmo tempo, o at. 141 do texto constitucional brasileiro de 1937 colocava, como princípio, a proteção à economia popular. Regulamentando o referido dispositivo, veio o Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938, nitidamente, em muitos de seus aspectos, uma lei antitruste. O primeiro diploma brasileiro antitruste surge com função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor”. (FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª Edição. São Paulo: RT, 2015. págs. 99-100).

normativa que se pretenda, já que são eles que iluminam e conduzem a interpretação dos enunciados e comandos normativos.

Encontra-se em doutrina desde o conceito rígido associado à tutela sancionatória, vide Franceschini⁴⁴, até conceitos mais flexíveis associado à regulação ou controle, a exemplo de Thiago Marrara⁴⁵, ou associado à política econômica de defesa da concorrência, a exemplo de Bagnoli⁴⁶ e Forgioni⁴⁷.

Evitando-se os pontos de maior divergência, pode-se definir o Direito da Concorrência como aquele que disciplina, em nome do interesse coletivo, as relações de mercado entre os agentes econômicos, entre si e com os consumidores, de modo a tutelar juridicamente o ambiente da livre concorrência enquanto princípio da ordem econômica constitucionalmente positivada. Há de se aprofundar, por conseguinte, no estudo do bem jurídico objeto de sua proteção e os regimes jurídicos que enquadram suas normas.

2.1 Arcabouço constitucional e bem jurídico tutelado

Essa pluralidade de entendimentos exige que gizemos nosso entendimento acerca da ordem econômica constitucional e o modo adequado de interpretação das normas do Direito da Concorrência. A nosso ver, conforme se justifica adiante, por mais que essas normas jurídicas sejam permeadas de conceitos de origem econômica, deve-se delimitar sua operação de forma rigorosa tal como positivados no ordenamento jurídico brasileiro. O recurso à ciência econômica visa à integração normativa, não sua substituição – tal como antecipado acima no que tange à correção econômica do Direito e sua autopoiese.

No Brasil, ultrapassados os regimes políticos anteriores, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, o Direito da Concorrência passou a ter uma estrutura mais ampla e arvorada no ideal republicano e democrático do Diploma, em contraposição aos regimes autocráticos anteriores. Os dispositivos que estruturam a matéria estão consubstanciados, no art. 1º, IV, que estabelece a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, e afunila nos arts. 170 e 173, §4º, que devem ser analisados como conjunto a compor o bem jurídico tutelado.

⁴⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018. p. 48.

⁴⁵ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas. 2015. p. 2.

⁴⁶ FRANCESCHINI; BAGNOLI, 2018. p. 48.

⁴⁷ FORGIONI, *op. cit.*, p. 192.

O art. 173, §4º, da Constituição Federal, aponta no sentido do controle do *abuso* do poder econômico, não da simples existência de poder econômico – preceito encampado sem óbices pela Lei de Defesa da Concorrência, vide art. 36, §1º⁴⁸. Conforme Pereira Neto e Casagrande, o dispositivo constitucional reforça “*a opção pelo desenvolvimento de uma economia de mercado, na qual o Estado possui um papel essencial de preservação do espaço concorrencial*”⁴⁹.

José Cretella Jr.⁵⁰, ao tratar do art. 170 da CF, que inaugura os dispositivos estruturantes da ordem econômica (e norteia a interpretação normativa de quaisquer normas infraconstitucionais que versem sobre o tema), aponta que a livre iniciativa é o conceito central da Ordem Econômica brasileira, que figuraria como bem jurídico tutelado. A centralidade da liberdade de iniciativa é acompanhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵¹, que dela extrai a subsidiariedade da atuação estatal no campo econômico e já enuncia umbilical relação entre livre iniciativa e livre concorrência. No mesmo esteio, Franceschini⁵² leciona que é na proteção

⁴⁸ “Art. 36, §1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. nº1, 30 nov. 2011).

⁴⁹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 25.

Outrossim, acerca da repressão exclusiva ao abuso, e não à mera existência, de poder econômico, vide a página 27 da citada obra.

⁵⁰ “Manoel Gonçalves Ferreira Filho (cf. *Comentários*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.657) enfrentou o com maior profundidade o problema, assinalando que a liberdade de iniciativa ou livre iniciativa é o primeiro dos princípios que devem reger a Ordem Econômica e Social, para a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, pois decorre de direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição vigente (...)”. (CRETILLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 3952).

Direitos esses consagrados, na Constituição Federal 1967, como liberdade de trabalho e liberdade de associação (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. págs. 617-622).

⁵¹ “A interpretação, que atribui à expressão justiça social o sentido que tem na doutrina social da Igreja, se fortalece quando se considera que outro princípio que o art. 170 consagra é o da liberdade de iniciativa. Como reflexo da liberdade humana, a liberdade de iniciativa no campo econômico mereceu acolhida nas encíclicas de caráter social, inclusive na célebre encíclica *Mater et Magistra*. Esta, textualmente, afirma que ‘no campo econômico, a parte principal compete à iniciativa privada dos cidadãos, quer ajam em particular, quer associados de diferentes maneiras a outros’ (2ª parte, n.1). Daí decorre que ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária, embora importante, já que sua ação deve reger-se pelo chamado ‘princípio da subsidiariedade’ e deve ser tal que ‘não reprima a liberdade de iniciativa do particular, mas antes a aumente, para a garantia e proteção dos direitos essenciais de cada indivíduo’ (id., ibid.). O princípio da livre iniciativa reclama a livre concorrência, que também é erigida em princípio (art. 170, IV).” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 386)

⁵² “De fato, em cláusula pétrea, afirma a Constituição Federal, em seu primeiro artigo que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a livre-iniciativa (in. IV, in fine) (...) Havendo de instrumentalizar-se, no bojo da ordem econômica pátria, se operacionaliza a livre-iniciativa pelo princípio da livre-concorrência (art. 170, in. IV). Por decorrência lógica, entendeu o legislador constitucional ser a livre-iniciativa o propósito da garantia da livre concorrência” (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.* p. 46).

da livre iniciativa que se justifica a proteção da livre concorrência. Sendo essa o meio pelo qual a Constituição da República determina que se sustente aquela.

Pereira Neto e Casagrande⁵³ apontam que a premissa fundamental para compreensão da ordem econômica seria a escolha política por uma economia de mercado com decisões descentralizadas pelos agentes econômicos. Tal escolha demanda a eleição de ambos os princípios de livre iniciativa e livre concorrência para funcionamento adequado.

É verdade que o texto constitucional enuncia, ao lado da livre iniciativa, a valorização do trabalho, o que coloca ambas como elementos centrais da ordem econômica a serviço da busca por assegurar a dignidade. Celso Antônio Bandeira de Mello aborda a questão em meio a considerações sobre a intervenção do Estado sobre o domínio econômico e social⁵⁴.

O autor vê a Constituição da República como antítese do neoliberalismo. Descreve que a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa foram ambos apontados como fundamentos da ordem econômica, sendo a primeira prioritária em relação a interesses puramente econômicos. Nesse contexto, assevera que a ordem econômica deve atender aos objetivos de ordem social, i.e., a valorização do trabalho humano, o pleno emprego e a redução das desigualdades sociais, o que afasta a ideia de primazia da livre iniciativa frente aos demais elementos positivados na norma⁵⁵.

De fato, não nos parece adequado afirmar que o Brasil tenha adotado um sistema neoliberal, nem que tenha elegido como preceito fundamental da justiça a eficiência econômica. Por conseguinte, a nosso ver, não cabe eleger a livre iniciativa como conceito central isolado da ordem econômica brasileira, que positiva a valorização social do trabalho tanto no art. 1º, quanto no 170 da CF. Também não vemos a valorização social do trabalho como supressor da livre iniciativa: essa sobreposição aos interesses meramente puramente econômicos, a nosso ver, carrega a conformação jurídica da livre iniciativa, sempre atrelada e condicionada à valorização social do trabalho e à função social da propriedade.

Fábio Comparato⁵⁶ é precursor desse pensamento. Asserta o autor que a livre iniciativa e a valorização social do trabalho figuram, *conjuntamente*, como fundamentos da ordem econômica, cujo objetivo global e último é assegurar a todos uma existência digna. Segundo o autor, é em função desse objetivo que devem ser compreendidos os princípios do art. 170:

⁵³ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, págs. 809-810.

⁵⁵ *Ibidem*, págs. 812-813.

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Regime constitucional de controle de preços no mercado**. Revista de Direito Público – EDP, v.24, n.97, p. 17-28, jan./mar. 1991. p. 19

É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170, a par da livre concorrência, a saber, especificamente, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

A relação entre esses conceitos e deles com a livre concorrência é bem explicada por Frazão⁵⁷. A autora estende à livre concorrência uma função mais abrangente, que equaliza as falhas de mercado e suas diversas consequências, não apenas econômicas, mas alinhadas às preocupações políticas e sociais ligadas ao liberalismo enquanto filosofia política. Disto resulta que a livre concorrência não é veículo apenas à proteção da livre iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica, mas também como fundamento do próprio Estado de Direito Democrático⁵⁸, até porque o art. 170 deflui do art. 1º:

Não é exagerada, portanto, a conclusão de Fox no sentido de que o Direito da Concorrência encontra-se em verdadeira simbiose com a democracia e que, mesmo no caso americano, teve suas raízes na tentativa de equilíbrio entre os poderosos e os desprovidos de poder, buscando diversidade, autonomia e igualdade de oportunidades para competir com base no mérito.

Forgioni⁵⁹ adota posição similar, também esclarecendo que essa tutela da livre iniciativa não se confunde com uma persecução acrítica pela eficiência econômica. Não se acolhe, portanto, uma concepção de livre concorrência como um conjunto ferramental matemático de estimar formas eficientes de alocação de recursos, menos ainda que seja mecanismo de proteção à realização pessoal do empresário. Isto é, como uma tutela desmensurada da livre iniciativa, em desconexão com a valorização social do trabalho e a função social da propriedade.

Nesta leitura dos preceitos constitucionais, à qual se adere, a livre concorrência representa, em última instância, o equilíbrio de mercado, conceito oriundo da ciência econômica⁶⁰, que integra a interpretação corrente do texto constitucional:

⁵⁷ “Como explica Becker, o Sherman Act foi inicialmente entendido sob diversas nuances: como instrumento de conciliação entre os valores da economia clássica e aqueles do liberalismo político; como meio de proteger os direitos naturais de liberdade econômica e de propriedade, o processo competitivo e o livre comércio; como instrumento para assegurar ao máximo a eficiência econômica e a prosperidade nacional em compatibilidade com a justiça e harmonia social e a liberdade”. (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 31).

⁵⁸ *Ibidem*, p. 31

⁵⁹ “Isso tudo significa que, no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico”. (FORGIONI, *op. cit.*, p. 188).

⁶⁰ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.

Na intersecção das curvas de oferta e demanda (...), teremos o preço e a quantidade de equilíbrio, isto é, o preço e quantidade que atendem às aspirações dos consumidores e dos produtores simultaneamente. Se a quantidade ofertada se encontrar abaixo daquela de equilíbrio (...), teremos uma situação de escassez do produto. Haverá uma competição entre consumidores, pois as quantidades procuradas serão maiores que as ofertadas. Formar-se-ão filas, o que forçará a elevação dos preços, até atingir-se o equilíbrio (...), quando as filas cessarão. Analogamente, se a quantidade ofertada se encontrar acima do ponto de equilíbrio (...), haverá um excesso ou excedente de produção, um acúmulo de estoques não programado do produto, o que provocará uma competição entre os produtores, conduzindo a uma redução dos preços, até que se atinja o ponto de equilíbrio (...). Como se observa, quando há competição tanto de consumidores quanto de ofertantes, há uma tendência natural no mercado para se chegar a uma situação de equilíbrio estacionário – sem filas e sem estoques não desejados pelas empresas. Desse modo, se não há obstáculos para a livre movimentação dos preços, ou seja, se o sistema é de concorrência pura ou perfeita, será observada essa tendência natural de o preço e a quantidade atingirem determinado nível desejado tanto pelos consumidores como pelos ofertantes. Para que isso ocorra, é necessário que não haja interferência nem do governo nem de forças oligopólicas, que tem poder de afetar o preço de mercado.

A livre concorrência, compreendida como meio de perseguição do equilíbrio de mercado, coroa o texto constitucional ao figurar como meio de equalizar a livre iniciativa e a valorização social do trabalho na busca pela dignidade e justiça social, descritas normativamente como *fim* último da ordem econômica.

Em outras palavras, a concorrência pura ou perfeita, embora utópica, seria objetivo premente para exercício do direito à livre iniciativa sob o viés econômico, mas também para outros fins de justiça social. Isto porque tal equilíbrio adviria da própria autonomia decisória no campo econômico garantida pela Constituição da República⁶¹ e implicaria otimização da distribuição de recursos escassos à sociedade.

Frise-se que a *liberdade* ou *autonomia decisória*, em matéria econômica, contempla dupla vulnerabilidade, como bem sintetiza Comparato⁶². A primeira reflete o pressuposto do

⁶¹ “Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados”. (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p.813).

⁶² “Mas a expressão ‘liberdade de iniciativa’ comporta um duplo sentido e exige uma precisão conceitual preliminar. Estamos, aí, diante de uma liberdade propriamente dita e não de um direito subjetivo público. A distinção não tem, apenas, um cunho teórico, mas é de óbvia importância prática no meio empresarial brasileiro, tradicionalmente inclinado à obtenção de privilégios, estímulos e subvenções. (...) Ela se manifesta, ademais, como foi dito acima, sob um duplo aspecto. Garante-se, de um lado, a livre criação ou fundação de empresas, ou seja, a liberdade de acesso ao mercado (art. 170, parágrafo único). (...) Mas protege-se também, de outro lado, a livre atuação das empresas já criadas, isto é, a liberdade de atuação e permanência no mercado. Corolário desta outra manifestação da liberdade empresarial é não só a interdição dos trustes e cartéis que importem na eliminação de concorrentes (art. 173, §4º), mas também a vedação de uma interferência estatal abusiva, que implique, senão

Estado Social, disposto no art. 173, §4º, da Constituição Federal sob o prisma do abuso de poder econômico (tutela da livre concorrência frente ao poderio concentrado de entes privados, decorrente das ditas falhas de mercado). A segunda reflete o próprio Estado de Direito Democrático, seja sob o prisma do intervencionismo (tutela da livre concorrência frente à ingerência do Poder Público), consagrada no próprio *caput* do art. 170 da Carta Maior⁶³, seja sob o prisma do arbítrio, consoante os direitos fundamentais estampados no art. 5º da Constituição, como bem ensina Dutra⁶⁴.

Tal sistematização é bem ilustrada por Pereira Neto e Casagrande⁶⁵ e, mais especificamente frente ao regime jurídico administrativo sancionador, didaticamente formulada por Frazão⁶⁶:

Sob essa perspectiva, a primeira preocupação para definir o escopo da prevenção e punição de condutas anticoncorrenciais deve ser a compreensão do art. 173, §4º, da Constituição, que contém uma cláusula geral de vedação ao abuso de poder econômico, indicando o objeto do Direito da Concorrência. Tal norma, como já visto, precisa ser interpretada em conformidade com a ordem econômica constitucional, especialmente com os princípios descritos no art. 170. A segunda preocupação diz respeito a verificar em que medida as garantias fundamentais do art. 5º da

como objetivo, pelo menos como resultado, a impossibilidade prática de continuidade da atuação de certas empresas no mercado”. (COMPARATO, *op. cit.*, p. 18).

⁶³ Registre-se de antemão que a premissa não encontra qualquer contraste com a regulação setorial, de uma atividade ou de serviços públicos, desde que condicionados à existência de lei: “Esta garantia constitui uma reafirmação da liberdade individual em matéria de empreendimento econômico. Não confere ao legislador o poder de decidir quais atividades estariam abrangidas por esta liberdade, nem deixa ao seu arbítrio a determinação da amplitude em que estas atividades podem ser exercidas pelos particulares. Este parágrafo reforça as determinações do art. 170, caput e IV, da CF/1998 (LGL\1988\3), pois determina que quaisquer atividades poderão ser exercidas sem a necessidade de autorização para tanto. Ao mesmo tempo, estabelece a única restrição possível, que é a possibilidade e alguma lei vir a exigir a autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica específica” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Intervenção do estado na economia**. Revista de direito constitucional e internacional. V. 15/1996, p. 73-88, abr./jun., 1996. págs. 75-76).

⁶⁴ “É contrário à experiência, também, a tentativa de o Estado por meio do CADE, ou de qualquer outro órgão, instituir a concorrência, em mercados não regulados. Sobre ser contrária à lei tal pretensão, não seria ela realizável, uma vez não ser possível a órgão da administração pública, (e, por certo, a particular, pessoa física ou jurídica), deter informações, absolutamente exatas e um índice suficiente e apreensível do saber humano, capazes de afirmar qual o cenário concorrencial ideal devesse ser instituído nos diferentes mercados de bens e serviços. Tentativas nesse sentido, mostra a História (e, pode-se dizer, a história do CADE) leva ao extremo oposto; a concentração de poder discricionário nas mãos do Estado, que o permita ditar o funcionamento dos mercados. Tal regime afronta os princípios da ordem democrática e gera, sempre, nefastos e conhecidos gravames à vida econômica e social do país. Não é por outra razão que em nenhuma economia democrática é fixado em lei e atribuído a órgão público ‘instituir a concorrência’, senão guardá-la dos abusos por parte dos agentes econômicos”. (DUTRA, Pedro. **Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira**. Singular: São Paulo, 2017, págs. 144-145).

⁶⁵ “Nesse sentido, o princípio [da livre concorrência] possui tanto um teor de garantia (i.e., de limite à ação estatal em relação aos administrados) quanto de diretriz (determinação para prestação positiva do Estado). Quanto à primeira faceta, ela obriga o Estado a garantir um espaço para o desenvolvimento da livre concorrência. Assim, ao Estado é defeso impor regras à iniciativa privada que injustificadamente restrinjam sua liberdade de concorrer no mercado. Já a diretriz constitucional relativa à livre concorrência determina que o Estado deve implementar regras que impeçam a restrição injustificada da livre concorrência por agentes privados (...)” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 27)

⁶⁶ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 245.

Constituição aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador, do qual o Direito da Concorrência é evidentemente uma espécie.

Neste sentido, a tutela da livre concorrência, protegendo-a de indevidas distorções, seja qual for sua origem, se justifica na tutela da livre iniciativa consoante a manutenção da função social da propriedade, funcionando como um dos meios necessários à harmonização e garantia de outros princípios ordenadores da ordem econômica pátria. Note-se que não há contraste entre esse entendimento e as lições de Cretella Jr.⁶⁷ e Carvalhosa⁶⁸.

Analogamente, essa relação é bem explicada por Borges, em comentários sobre segurança jurídica (tributária, no caso) resultante da relação entre competência tributária e a função social da propriedade privada⁶⁹. Vê-se que esse tipo de relação não reflete simples *limitação* ou *restrição* de um direito em função de outro, como em situação de conflito. Ao contrário, é justamente a existência de ambos e sua relação simbiótica, ou de sua *consorciação*, nas palavras do mencionado autor, que ambos se tornam possíveis e legítimos.

Nesse contexto, lembramos da lição de Bandeira de Mello acerca do exercício da polícia administrativa, ao tratar do desenho normativo do perfil do direito. O autor observa que não se deve confundir liberdade e propriedade com o direito de liberdade e de propriedade. Estes últimos são condicionados ao seu entrosamento com a utilidade coletiva e objetivos públicos. Ou seja, não há verdadeira restrição administrativa desses direitos, apenas o desenho normativo de seu próprio perfil⁷⁰.

⁶⁷ “[N]a Constituição de 1988, a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil para que o Estado de Direito ou Estado Democrático instituído possa construir uma sociedade aberta, justa e solidária. Conforme elucida Manoel Gonçalves Ferreira Filho (...) ‘a consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social’”. (CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p. 3953).

⁶⁸ “O liberalismo extrapola os princípios da liberdade. O homem precisa das liberdades, de um mínimo, e conquistou aquelas que a vida em comum lhe permitia e lhe permite. Não são todas as liberdades. O liberalismo econômico consistiu exatamente em levar a setores que não devia os princípios de liberdade, porque a liberdade econômica, ao mesmo tempo que protege, desprotege. Somente pela socialização das sobras individuais é que a liberdade pode subsistir” (CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p. 3954).

⁶⁹ “Mas a competência tributária é a soma da autorização e limitação para o exercício de funções tributárias. Sem autorização, nenhuma limitação, sem limitação, nenhuma autorização. Logo a segurança tributária é um produto da consorciação entre ambas. Mas a segurança é estreada de mão dupla: sem dever, nenhum direito, sem direito, nenhum dever. Essa relação é admiravelmente expressa pela função social da propriedade. Não é, a função social da propriedade, ao contrário do que ingenuamente se supõe, uma limitação à propriedade no sentido de que corresponderia a uma restrição à disponibilidade e utilização do bem pelo seu proprietário. E nem é sequer apenas um limite do direito de propriedade. É também - numa perspectiva de visão mais atenta - uma garantia da preservação do direito de propriedade. Propriedade legítima é a que responde à sua função social. Expressa então a justiça tributária a vinculação da propriedade à sua função social”. (BORGES, *op cit.*, p. 4).

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p.863.

Nessa perspectiva, opomo-nos à leitura de que o art. 170 da Constituição Federal buscaria apaziguar interesses conflitantes, conforme expõe Grau⁷¹, ainda que haja situações concretas nas quais possam entrar em conflito. Partindo-se das lições de Grau e avançando na matéria, importante a doutrina de Forgioni, que, em parcial consonância ao acima, entende ser indubitoso o estabelecimento constitucional da livre concorrência como instrumento para “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Não acolhe, contudo, a livre iniciativa como objeto de proteção da livre concorrência, mas como conceitos paralelos, instrumentais da promoção da dignidade humana⁷². Nesta leitura, livre iniciativa e a livre concorrência se implicam reciprocamente, até pelo dever estatal de instituir e regulamentar a economia⁷³.

Com efeito, nota-se que tal visão acolhe em maior medida a ingerência estatal sobre a iniciativa privada. Isto é, defende a autora haver duas concepções complementares de livre iniciativa e livre concorrência, uma associada ao conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e resultado) e outra associada a uma noção de que “*essa mesma livre-iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental*”.

Deságua o raciocínio, portanto, na teoria de que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência abrigam, além da atividade disciplinar ou sancionatória de comportamentos violadores da ordem econômica, também a atividade de *normatizar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar políticas públicas*.

Entendemos que, no contexto da repressão a infrações da ordem econômica, essa última atividade, no sentido de políticas de governo, não está contemplada no dever de tutela estatal da livre concorrência. Isto pois, a nosso ver, há uma distinção essencial entre as atividades sancionatória (impor limites, por meio da aplicação de sanções a particulares, às condutas que sejam violadoras da ordem jurídica) e gerencial (organizar e intervir na atuação de particulares de modo a incentivar ou conduzir seu comportamento de forma que se entenda desejável do

⁷¹ “Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito”. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 55). Sem desprezo a respeitáveis divergências, o entendimento pela harmonia axiológica entre tal coluna de interesses parece também alinhado à ciência ortodoxa em matéria econômica, conforme bem explicam Pereira Neto e Casagrande (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, págs. 30-36).

⁷² FORGIONI, *op. cit.*, págs. 186-187

⁷³ FORGIONI, *op. cit.* p. 136.

ponto de vista político em vigor, independentemente de aferir-se a legalidade ou ilegalidade dos comportamentos).

Nesse diapasão, Pereira Neto e Casagrande, em comentários acerca da função social da propriedade no conjunto de princípios fundamentais da ordem econômica, ensinam a importância da compreensão do conceito e sua função em uma economia de mercado⁷⁴. Em que pese tal celeuma estar distante de um enunciado conclusivo ou de reconhecimento geral, acolhe-se aqui uma visão não contrastante na coluna principiológica de nossa ordem econômica⁷⁵:

Uma leitura apressada da Constituição poderia sugerir que esta procura conciliar princípios conflitantes, como a livre-iniciativa e a propriedade privada, de um lado, e a função social da propriedade e a justiça social, de outro. No entanto, o Estado Democrático de Direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana, o que se reforça pelos princípios fundamentais constantes dos arts. 1º e 3º.

Portanto, neste trabalho, lemos o art. 170 da Constituição Federal em linha à lição de Comparato, à qual aderem Frazão, Pereira Neto e Casagrande. Com a devida vênia, não acolhemos a preconização de um elemento em detrimento dos demais, seja da livre iniciativa, seja da valorização social do trabalho.

Portanto, compreendemos esse dispositivo como unidade, orientando a uma ordem econômica vinculada de forma irresistível à ordem social. Isto é, uma ordem *socioeconômica* que prima pela livre iniciativa enquanto manifestação da autonomia do indivíduo, a ser protegida por meio da tutela da livre concorrência e cuja legitimidade se arvora na compatibilidade entre o projeto do empreendedor e todos os demais membros da sociedade.

Tal pensamento, como bem ilustra Frazão, coroa a função social da propriedade, *já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social*⁷⁶.

⁷⁴ “Em ambos os dispositivos que estabelecem garantias à propriedade privada (arts. 5º e 170), há a determinação de cumprimento da sua função social. (...) isso porque a Constituição prevê regras distintas para diferentes formas de propriedade privada, a individual e a de bens de produção. A previsão do art. 5º, XXII, refere-se à primeira, por se tratar de expressão da individualidade, ao passo que o art. 170, II, da CF trata precipuamente da propriedade privada de bens de produção no âmbito da ordem econômica, condição fundamental para o sistema capitalista de produção. Ambas são importantes para o bom funcionamento de uma economia de mercado, mas é por conta da segunda modalidade de propriedade privada que há decisões descentralizadas quanto às questões fundamentais em qualquer economia (‘o que’, ‘como’ e ‘para quem’ produzir), ao invés de planificação econômica geral e central”. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 28)

⁷⁵ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 47

⁷⁶ *Ibidem*, p. 47.

Não por outra razão o art. 1º da Lei nº 12.529/11 indica todos esses bens jurídicos como objeto de sua tutela, destacando sua titularidade coletiva no Parágrafo único.⁷⁷ Resulta disto, portanto, que a livre concorrência pode ser entendida, concomitantemente, como instrumento imediato de tutela da livre iniciativa, enquanto fundamento da ordem econômica, mas também de tutela do valor social do trabalho, do bem-estar do consumidor, do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades, como fundamentos da ordem social. Todos igualmente previstos no dispositivo constitucional e ligados à dignidade humana em abstrato e à justiça social.

Lê-se igualmente a livre concorrência como veículo do Estado de Bem-estar, que intentaria aproximar o Estado Liberal Econômico e o Estado Social – resguardando a intervenção, principalmente mediante polícia administrativa, para convergência de objetivos do particular e do interesse público.

Elege-se, desta feita, a premissa de que há um conjunto de bens jurídicos mediata e imediatamente tutelados pela proteção da livre concorrência, que figura como bem juridicamente tutelado pela Lei de Defesa da Concorrência, incluindo o art. 36 sob análise. Tais bens jurídicos figuram como direitos fundamentais de extração constitucional. Uma vez mais, ainda que se busque categorizar os preceitos de justiça social como *direitos fundamentais sociais* e os fundamentos da ordem econômica como *direitos fundamentais econômicos*, tal separação também não contempla de forma inerente qualquer contraste⁷⁸.

Fica assentada a ausência de contradições axiológicas entre os princípios e bens jurídicos tutelados pela livre concorrência.

⁷⁷ “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. nº1, 30 nov. 2011).

⁷⁸ “Justen Filho (2011, p. 166) argutamente percebe ser impossível apresentar uma formulação exaustiva de todos os direitos fundamentais relacionados com o regime de direito administrativo (muito mais amplo que o sancionador, por evidente). A despeito disso, propõe uma classificação didática, útil, encartando-os em três categorias (de cunho geral, social e econômico) e indicando pertencerem à primeira ordem a liberdade, a igualdade, a democracia republicana, a legalidade, a federação, a procedimentalização e a eficiência administrativa. Como sociais reconhece a solidariedade e os direitos sociais em sentido estrito, portanto aqueles previstos no art. 6º da Carta Magna. Afinal, alude como econômicos os direitos fundamentais à propriedade privada dos meios de produção, a livre iniciativa e a livre concorrência. Ou seja, ainda que sem alardes, ele amplia a noção ordinária de direitos fundamentais, porque não os atrela tão somente à pessoa humana, fazendo-os alcançar as pessoas coletivas como já antevisto por Canotilho (1998, p. 386)”. (FERREIRA. *op cit.* p. 170)

2.2 Regime jurídico

Esse conceito de “livre concorrência”, contudo, gera certa controvérsia, dada sua inerente modulação às diferentes doutrinas na ciência econômica, desdobrando-se em controvérsias na ciência jurídica. Passamos então a considerações sobre esse conceito sob o prisma jurídico.

Já em sua disposição lexical, a *livre concorrência* demonstra ser conceito resultante da interdisciplinaridade entre o Direito, aqui entendido como instrumento deontológico humano indissociável de sua liberdade de agir, e a Economia, de onde se extraiu a relação entre a concorrência em exploração de atividades econômicas e os institutos jurídicos a serem perseguidos.

Frazão elucida tal premissa, em cotejo com o pensamento supra de Comparato⁷⁹:

Consequentemente, toda essa principiologia, inclusive na parte em que direciona a atividade empresarial à realização da justiça social, precisa ser levada em consideração em todas as searas da ordem econômica, dentre as quais o Direito da Concorrência. Aliás, sobre a questão, é oportuna a advertência de Comparato no sentido de que ‘é em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170’. **Dessa maneira, tem-se que, por imposição constitucional, o Direito da Concorrência não pode ser um mero instrumento de defesa de mercados ou de eficiência econômica – qualquer que seja o sentido que se atribua a tais expressões –, assim como não se pode ser instrumento flexível de implementação de qualquer tipo de política econômica, totalmente isolado e alheio aos demais princípios da ordem econômica.**

Essa afirmação é de extrema valia para a ciência jurídica na descrição das normas que compõem o Direito da Concorrência, pois delimita de forma rigorosa sua operação de modo necessariamente compatível com os conceitos, por mais que de origem econômica, positivados no ordenamento jurídico brasileiro⁸⁰, evitando que perspectivas consequencialistas resultem em decisionismo. Isto, aliás, decorre de sua natureza enquanto sistema autopoietico e está alinhado à metodologia de Hermenêutica Constitucional acima proposta.

É também por esta razão que a taxinomia do Direito da Concorrência, por mais que seja primordialmente veículo à persecução de objetivos abstratos, é a nosso ver incompatível com a noção de mero elemento de Política Econômica. Mesmo na leitura moderada de Forgioni, neste

⁷⁹ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 47, grifo nosso.

⁸⁰ “Daí o acerto da conclusão de Stucke no sentido de que o direito Antitruste, em qualquer democracia com um pluralismo razoável, não pode ser reduzido a um único e bem definido objetivo, tendo em vista que, ao tentar alcançar o bem-estar das pessoas, precisa ponderar diversos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos. Ora, no caso brasileiro, tais objetivos estão fixados precipuamente na ordem econômica constitucional” (*Ibidem.*, p. 48)

aspecto, vê-se com restrição o acolhimento da noção de *condução* da livre-iniciativa pelo Estado ou da instrumentalização do direito administrativo da concorrência como forma de implementação de políticas públicas, isto é, “*meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia*”, por sua fluidez.

Ainda que em certa medida faça o Estado política pública no processo legislativo, ao editar a Lei de Defesa da Concorrência, não vislumbramos uma atuação do CADE como Ente de Governo (veículo de políticas econômicas)⁸¹, mas como Ente de Estado (bastião técnico da tutela da ordem econômica positivada), ainda que se reconheça o valor das referidas críticas⁸², mormente quanto à priorização da eficiência alocativa.

Isso pois não está o ordenamento econômico constitucionalmente positivado sujeito à ideologia ou vertente política do Administrador da vez. Ainda que a Administração seja guiada pelas convicções e projetos políticos dos governos eleitos vigentes (que podem pautar-se em compreensões bastante distintas em matéria econômica), deve ser a ordem econômica constitucional observada, sempre, sob a égide da ciência jurídica⁸³, não obstante essa se aproprie, para maior precisão na execução da leitura jurídica e no esclarecimento dos fatos⁸⁴, de conceitos e análises econômicas de prisma pragmático-consequencialista⁸⁵.

A observação dessa assertiva se torna ainda mais essencial no presente trabalho, já que o art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência normatiza o controle repressivo de infrações à ordem

⁸¹ “Ou seja, o antitruste já não é encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser considerado instrumento ou meio de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema”. (FORGIONI, *op. cit.*, págs. 188-189).

⁸² “Diante dessa realidade, da qual apenas destacamos parte, seria de se esperar que o estudo da matéria por especialistas fosse pautado nessa perspectiva, desnudando a atuação estatal que se concretiza mediante a interpretação/aplicação das normas antitruste. Mas não é esse o enfoque majoritariamente dado. Nega-se ou transcura-se o caráter instrumental das normas antitruste, considerando-as apenas maneiras de ‘eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado’ ou promotor da ‘eficiência alocativa’, em visão seguramente ultrapassada ou viciada, pois que despreza uma das mais poderosas ferramentas de que pode lançar mão o Estado contemporâneo para implementação de suas políticas econômicas”. (*Ibidem*, 192).

⁸³ “Consequentemente, a livre concorrência não pode ser definida apenas por questões econômicas ou políticas, mas também por questões essencialmente jurídicas, como a de possibilitar o equilíbrio entre as liberdades dos diversos agentes econômicos, os consumidores e até mesmo os que estão afastados do mercado, tanto sob a ótica da oferta quanto sob a ótica da demanda, em razão de fatores como a pobreza” (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 49).

⁸⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁸⁵ “Ainda se deve atentar para as importantes contribuições das análises econômicas, que são fundamentais para a dimensão pragmática do discurso jurídico antitruste. Sobre o assunto, é importante ressaltar que a demonstração das fragilidades e das deficiências das análises econômicas e consequencialistas tem a finalidade exclusiva de ressaltar a inviabilidade da sua utilização com metodologia exclusiva do Direito da Concorrência, mas não a de afastá-las do discurso antitruste, em razão de sua inegável importância”. E explica que, segundo José Maria Arruda de Andrade, “a utilização cada vez mais técnica e transparente da microeconomia na análise antitruste, com o reconhecimento do alcance preditivo limitado e dos pressupostos utilizados, pode contribuir para o fortalecimento do positivismo jurídico contemporâneo e para a segurança jurídica”. (*Ibidem*, p. 51).

econômica, isto é, a tutela do bem jurídico se dá por meio da normatização da punição de infratores, característica que atrai especificidades em termos de regime jurídico.

Definir o regime jurídico do Direito da Concorrência é uma tarefa que guarda diversos desafios⁸⁶, até pela multiplicidade de normas⁸⁷ voltadas à proteção dos bens jurídicos acima descritos, encontrando-se no ordenamento normas civis, penais e administrativas, entre outras.

Restringindo-se o escopo à Lei 12.529/11, a atividade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ainda é bastante plural e o feixe de normas aplicáveis, notadamente as de caráter principiológico, é amplo. Como antecipado, buscar-se-á neste estudo focalizar na atividade de controle de condutas da Autarquia, debruçando-se exclusivamente sobre o art. 36 da referida Lei, que trata das infrações à ordem econômica, para então eleger um critério de definição dos princípios aplicáveis ao campo normativo em comento. Ou seja, não necessariamente se destinam as futuras considerações às demais atividades do CADE, como as de caráter orgânico ou controle de estruturas⁸⁸.

A atividade de ordenação pública, quando exercida pela Administração especificamente na tutela da livre concorrência⁸⁹, se dá, além da competência regulamentar, também mediante função fiscalizadora e repressiva. Tais competências podem ser vistas como integrantes da

⁸⁶ “Lavra controversia na doutrina quanto à definição do Direito da Concorrência e sua taxinomia, o que tem acarretado enorme perplexidade na execução da legislação em vigor e incertezas nada desprezíveis quanto aos princípios aplicáveis, gerando destarte significativa insegurança jurídica no que respeita à cláusula do devido processo legal”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 41)

⁸⁷ “O direito concorrencial é permeado por normas de inúmeros ramos a depender da formatação que lhe é dada pelo direito positivo. E isso não é exclusividade do direito concorrencial, senão característica típica de ramos jurídicos mais recentes, com o direito ambiental, o direito sanitário e o direito do consumidor”. (MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas. 2015. p. 5).

⁸⁸ Na lição de Marrara, ter-se-ia o CADE atuando administrativamente de forma preventiva (ou autorizativa) e de forma repressiva. “Em complemento às tarefas preventivas, o SBDC responsabiliza-se por uma atividade administrativa repressiva, também conhecida como ‘controle de condutas’. Particularmente, o CADE assume o controle de condutas na esfera administrativa e, eventualmente, ajuíza ações judiciais de natureza civil no intuito de fazer cumprir seus julgados administrativos. Além de ser primordialmente administrativo, o controle repressivo tutela bens difusos. (...) No controle de condutas realizado administrativamente, o CADE verifica o cometimento de infrações administrativas por agentes de mercado (estatais ou não) diante dos tipos previstos na LDC/2011. (...) Similarmente ao que se vislumbra no controle de concentrações e por força de princípios constitucionais, o controle administrativo de condutas se desenvolve mediante processos administrativos, mas aqui referidos instrumentos assumem natureza sancionadora ou contenciosa”. (*Ibidem*, p. 5)

⁸⁹ Vale o destaque à passagem de Bandeira de Mello, ao abordar a livre iniciativa, sobre as competências, que em analogia bem vestem o CADE, de fiscalização, repressão e autorização: “O frequente, o comum, é que as leis prevejam apenas fiscalização após o início da atividade e aplicação de sanções sempre que, no exercício da atuação econômica, haja transgressão das regras condicionadoras de seu regular desenvolvimento. Sem embargo, casos há em que a lei estabelece – e pode fazê-lo, como explicitamente o reconhece o parágrafo único do art. 170 [da CF] – uma prévia aquiescência administrativa (“autorização”) dos órgãos competentes”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 817)

competência de polícia administrativa⁹⁰. Seguindo as lições de Bandeira de Mello, prefere-se o termo “polícia administrativa” ao “poder de polícia”, em razão as raízes autoritárias deste último. Caso prefira-se sua manutenção, utiliza-se “poder de polícia” no sentido estrito utilizado pelo autor.

Esclarece-se ainda que tal acepção é largamente acompanhada e parte de um entendimento atual⁹¹ e abrangente⁹², contemplando ambas as atividades de proteção preventiva e no controle repressivo de condutas ilícitas. Com efeito, distancia-se do poder polícia se em definição estreita e limitada a atos discricionários ou preventivos⁹³, já que se trata de competência decisória e vinculada – vez que competência punitiva.

Por essa natureza repressiva da competência e por seu exercício mediante atuação autárquica, a doutrina majoritária⁹⁴ e a jurisprudência⁹⁵ do CADE enquadram o Direito da

⁹⁰ “[p]ode-se definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (‘non facere’) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo” (*Ibidem*, 861).

⁹¹ Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreenderia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança. Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. (...) A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas)”. (DI PIETRO, *op. cit.*, p. 268).

⁹² “Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos elidindo ou reduzindo o seu conteúdo. É o princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Em sentido estrito, poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia (...) verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 78).

⁹³ “(...) já há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o do poder de polícia. Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de um autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32.201. Distrito Federal, Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. DJE: 21.03.2017).

⁹⁴ Conforme o entendimento já mencionado a partir das lições de doutrinadores como Costa, Frazão, Ribas, Marrara, Aragão, entre outros.

⁹⁵ Conforme expressamente acolhido e pormenorizado em termos de principiologia pelo Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu Voto de 23 de fevereiro de 2005, no Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48 (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Item II.3. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd730_3JP0MJcR6ZjPlpWUANCd5ARK4V7T2a38pWYBQF>. Acesso em: 10 jul. 2023).

Concorrência, no controle de infrações à ordem econômica, no campo do Direito Administrativo Sancionador – posição à qual aderimos. Em síntese, sem pretensão de produção de enunciado unívoco, esse campo do direito cuida da normatização do poder punitivo do Estado, no âmbito do Direito Administrativo, voltada à responsabilização do administrado, incluindo-se os agentes públicos, em sentido amplo, e o particular, pelo cometimento infrações contra o interesse coletivo ou os princípios da administração pública.

Conforme Fabio Medina Osório⁹⁶, o “*Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador*”, tendo por objeto, portanto, a aplicação das sanções administrativas⁹⁷. José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Grotti⁹⁸ trazem aprofundadas balizas quanto aos contornos desse regime jurídico, seus objetivos vinculados à tutela de interesses públicos mediante respeito a garantias individuais, e seu exercício enquanto institucionalização do processo de imputação de responsabilidade em razão do cometimento de ilícitos.

Nesse contexto, vale o destaque à classificação de Marrara⁹⁹, especificamente no que tange ao Direito Concorrencial. O autor classifica o *direito administrativo concorrencial*, no qual situam-se as atividades do CADE, como direito administrativo especial, buscando, de um lado, reconhecer as dificuldades específicas que enfrenta o ordenamento da livre

⁹⁶ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

⁹⁷ “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque te, efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imputado pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito formal e material do Direito Administrativo”. (*Ibidem*, p. 105).

⁹⁸ Nessa linha, o Direito Administrativo Sancionador é “entendido como o conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da organização, do funcionamento, da estruturação, do exercício, dos resultados e consequências, e do controle da produção jurídica a cargo das Administrações Públicas nos diversos órgãos e Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 84.)

⁹⁹ “A despeito de sua amplitude funcional, o exame do direito administrativo concorrencial se insere na ciência do direito administrativo especial (besonderes Verwaltungs-recht). Explique-se. Se, conforme a lição de Gordillo, o direito administrativo é o direito do “*ejercicio de la funcion administrativa*” a abarcar os sujeitos (organização), as formas jurídicas da função, seus meios materiais, bem como seus limites, é possível separar, resgatando a lição de Ehlers, normas determinantes para toda a Administração Pública e suas mais diversas atividades – normas que estruturam a parte geral do direito administrativo – e outras que regem atividades determinadas e assumem caráter especial – como as que regem a administração ambiental e urbanística, bem como a defesa administrativa da concorrência”. (MARRARA, *op. cit.* p. 3).

concorrência¹⁰⁰ e, de outro, reforçar a importância de não se perder de vista a teoria geral do direito administrativo¹⁰¹:

Por vezes, o cotejo da realidade administrativa pelos ‘concorrencialistas’ (...) acarreta um problema grave: o desconhecimento da razão de existir, da funcionalidade e dos limites de uso de vários institutos de direito administrativo. A visão ‘recortada’ dos especialistas frequentemente prescinde de noções relevantes da teoria geral e, por conseguinte, tende a conduzir o Poder Público e suas entidades regulatórias por caminhos perigosos e juridicamente arriscados. É por isso que a teoria geral deve ser incessantemente resgatada no dia a dia da regulação.

O raciocínio é bastante útil e conduz à premissa que adotamos: parte-se da teoria geral do direito administrativo, consciente de duas qualificadoras especiais que gizam o regime jurídico do art. 36 da Lei, configurando um *direito administrativo concorrencial sancionador*. Cumpre ainda registrar uma corrente de pensamento distinta, proposta por Franceschini. Para esse autor, o direito da concorrência, considerando o que entende por características endógenas da Lei, estaria situado no campo do direito penal econômico, não obstante seus aspectos formais – algo que o autor chama de *hibridismo*. Arvorando-se em doutrina clássica, o autor afirma que *a natureza da lei é penal*, leitura que carrega a trajetória da legislação em termos históricos¹⁰². O termo “penal” por ele utilizado pode servir de reforço ao caráter punitivo da norma e no distanciamento do poder de polícia em sentido estrito supramencionado, contudo não pode ultrapassar esse sentido amplo: não se trata de norma voltada ao regime jurídico “criminal”.

A posição delicada do direito penal-econômico entre o direito penal e o direito administrativo sancionador foi detalhadamente estudada por Regine Helena Lobo da Costa. A autora explica que a delimitação dogmática ou criminológica do conceito de “direito penal econômico” já não é tarefa simples, e acrescenta que, para além da complexidade própria dessa proposta de ramificação, existe uma acentuada aproximação entre o direito penal-econômico e o direito administrativo sancionador que dificulta sobremaneira encaixar institutos normativos nessa classificação. Tal lição faz coro, aliás, às lições antecipadas de Ferreira, acerca da dificuldade de encontrar-se critérios úteis para realizar a classificação de ilícitos e sanções.

¹⁰⁰ “Não raro, institutos e teorias gerais são repetidos ao longo do tempo sem testes empíricos ou avaliações mais concretas. O risco do apego à teoria geral e do desprezo à teoria especial reside, pois, na eventual perpetuação de institutos inúteis e ultrapassados e na impermeabilidade doutrinária a novas ferramentas de trabalho (...)”. (*Ibidem*, p. 3).

¹⁰¹ *Ibidem*, págs. 3-4.

¹⁰² Conforme explica Marrara, a natureza das infrações da legislação era outrora penal, quando no Decreto-Lei 869/1938, sendo processadas e julgadas pelo Tribunal de Segurança Nacional. Somente a partir do Decreto-Lei 7.666/1945 é que passou-se a conceber um direito administrativo concorrencial (MARRARA, *op. cit.*, p. 30)

A nosso ver, embora não haja em doutrina critério universalmente suficiente a todas as situações previstas em nosso ordenamento, a classificação não pode ignorar (i) os aspectos formais de competência, na medida em que se trata de função administrativa, exercida por autoridade autárquica, e (ii) o aspecto material das decisões do CADE, que são indubitavelmente atos administrativos¹⁰³, decisões passíveis de controle de legalidade pelo judiciário e que não resultam no reconhecimento do cometimento de *crime*, nem na aplicação de *pena*, ambos em sentido estrito. Por tais fatores, o melhor enquadramento é no campo administrativo sancionador¹⁰⁴.

Em outras palavras, a competência do CADE constituída pela Lei nº 12.529/11 não lhe habilita a decidir e condenar alguém criminalmente, restringindo-se à produção de atos administrativos que reconhecem o cometimento de infração administrativa. Contudo, há notas e alertas importantes na classificação empreendida por Franceschini.

A principal preocupação é em atrair aspectos já consolidados da dogmática penal para a atividade sancionatória do direito concorrencial, ciente da histórica e ainda presente disputa científica no campo administrativo sancionador, notadamente quanto à influência de princípios norteadores do Estado de Direito Democrático e da proteção de direitos fundamentais.

Hungria já enunciava o problema ainda no contexto da identidade entre os ilícitos e as sanções de cada regime. Explica que, segundo Goldschmidt, haveria uma diferença fundamental entre o ‘direito penal administrativo’¹⁰⁵ e ‘direito penal comum’, no sentido de que o primeiro partiria de uma observação do indivíduo como ‘elemento sinérgico da sociedade’ e, dessa forma, as normas administrativas não seriam normas jurídicas, mas ordens de serviço. O

¹⁰³ Importe o registro quanto à natureza dos atos administrativos pelo importante aporte teórico dela resultante. Nesse sentido, Oliveira e Grotti: “A construção do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do Direito Administrativo foi pautada inicialmente na perspectiva de estudos da categoria central do instituto do ato administrativo, haja vista a fisionomia da sanção administrativa. Com efeito, no Estado de Direito, no regime de legalidade administrativa, o regime da produção dos atos administrativos ganha redobrado destaque, tendo em vista o que eles representam, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, em termos de produção da Administração Pública. Isto justifica a relevância da teoria do ato administrativo, relativamente aos seus elementos e pressupostos de validade”. (OLIVEIRA; GROTTI, *op. cit.*, p. 89)

¹⁰⁴ Ainda consoante Oliveira e Grotti: “De todo modo, é incontestável que a competência sancionadora de órgãos ou entes da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo de todos os entes federados (União, Estados Municípios e Distrito Federal) compõe o *Direito Administrativo Sancionador*”. (*Ibidem*, p. 103)

¹⁰⁵ Sobre a expressão “direito penal administrativo”, cabe a observação de que, ainda que outrora tenha sido mais utilizada, hodiernamente se prefere “direito administrativo sancionador”, justamente pela ênfase à distinção de substância na pretensão de atribuir-lhe autonomia científica. Cordero bem ilustra a questão, abordando a nomenclatura na jurisdição chilena: “Reiteradamente, he sostenido que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho, que tiene su ‘anclaje’ em el Derecho Público, em específico em el Derecho Administrativo, con lo cual he querido poner de relieve la finalidad prioritaria que singulariza a esta rama del Derecho, cual es, la protección del interés público, sin perjuicio de otras secundarias como, por ejemplo, dotar de garantías al perseguido. Tesis que pareciera suscribir nuestro Tribunal Constitucional si se advierte que aquél, al referirse sobre esta cuestión, siempre ha empleado la expresión “Derecho Administrativo Sancionador” y no “Derecho Penal Administrativo”. (*Ibidem*, p. 94)

autor, afinal, infirma tal entendimento, fixando as normas do ‘direito penal administrativo’ como normas jurídicas ditadas a tutelar o interesse público como um bem jurídico¹⁰⁶.

A lição de Franceschini, portanto, busca destacar a natureza *repressiva* e aproximar a dogmática penal especialmente quanto a sua fundamentação e consequente limitação¹⁰⁷, considerando celeuma exemplificada por Hungria. Contudo, o autor não vê oposição¹⁰⁸, no útil, à classificação sob o âmbito administrativo sancionador, desde que se o tenha sob a teoria da unidade do *ius puniendi*, atraindo integralmente para o campo concorrencial o regime jurídico penal¹⁰⁹, oferecendo resistência a uma atuação de substância *gerencial*, conforme exposto na linha de Grau e Forgioni. Neste aspecto, também com supedâneo na lição de Hungria¹¹⁰.

O maior cuidado é no estabelecimento claro do *regime jurídico repressivo* que permeia o controle de infrações à ordem econômica e o arcabouço principiológico por ele atraído, que se diferencia do caráter preventivo do controle de estruturas positivado no art. 88 da Lei¹¹¹. Embora não acolhamos neste trabalho a classificação do Direito da Concorrência como ramo

¹⁰⁶ HUNGRIA, *op. cit.*, págs. 25-26.

¹⁰⁷ Conforme ilustra COSTA: “Nessa linha, esse trabalho parte do pressuposto de que à dogmática penal cabe a tarefa de buscar a construção de um sistema que se revele coerente e que se ancore nos princípios, sobretudo os constitucionais, aplicáveis à matéria”. Citando Hassemer, “enquanto o direito penal interferir em direitos fundamentais, (...) terá de justificar essa intervenção perante sua própria tradição e perante a constituição, e para isso a simples remissão a uma justiça da reação retributiva não será suficiente”. (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo (USP), 2013, p.13)

¹⁰⁸ “Aliás, sensível a esse hibridismo de legislação penal, executada por órgão administrativo, evoluiu a doutrina pátria com o surgimento do Direito Administrativo Sancionador, que não é incompatível com o Direito Penal-Econômico, na medida em que se restringe ao âmbito da jurisdição administrativa. Neste ponto, recorda-se que, igualmente ao Direito Penal Comum, o Direito Administrativo Sancionador tem a cautela de haurir seus princípios. (...) De fato, a despeito de as sanções de combate às ofensas à livre concorrência em solo do Antigo Continente (...) vêm sendo elas consideradas, por sua origem, penas ‘quase criminais’ [Caso C-199/92P, Hüls vs Comissão Europeia, [1999], ECR 4287, § 150] (...)”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p.44).

¹⁰⁹ “Em plagas nacionais, tem-se que o conceito do ‘quase criminal’ encontra símile nos parâmetros do processo penal-econômico ou, no mínimo, no plano jurisdicional do novel Direito Sancionador, que de qualquer sorte, exige atenção redobrada por parte da Autoridade Pública, em relação ao ônus probandi que lhe cabe, na busca da verdade real e na análise da prova que lhe compete colher e examinar. Não se admite mais, por exemplo, a usual ‘flexibilidade administrativa’ no trato do devido processo legal e do exame do conjunto probatório, posto em jogo o direito humano do administrado, que, obviamente, goza de primazia face o Estado”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 44).

¹¹⁰ “As normas penais administrativas não se limitam a ordenar ou exigir ações positivas, pois também ordenam ou exigem omissões; e neste último caso o ilícito administrativo não pode deixar de ser comissivo. Não há falar-se em direito penal subjetivo da justiça, em contraposição a um direito penal subjetivo da administração, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não aos seus órgãos, cabe o *ius puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a desobediência contra estas é a essência, o *substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo”. (HUNGRIA, *op. cit.*, p. 26).

¹¹¹ “É importante lembrar que o controle de condutas apresenta um grande diferencial em relação ao controle de estruturas, pois enquanto este é meramente preventivo e visa a impedir a realização de determinadas operações, aquele tem um forte viés punitivo e tem por finalidade aplicar sanções aos agentes econômicos que descumprirem as normas concorrenciais. Ainda que, do ponto de vista pragmático, os objetivos dos dois tipos de atuação antitruste se aproximem, do ponto de vista principiológico são muito distintos e é por essa razão que o nível de garantias materiais e procedimentais do controle de condutas deve ser ainda mais rigoroso do que o do controle de estruturas” (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 247).

do Direito Penal-Econômico, carregamos como pano de fundo do presente trabalho o cuidado com o estabelecimento do rigor no trato do Direito Administrativo Sancionador.

Conforme adiante se minudencia acerca do regime jurídico repressivo e partindo-se da estrutura lógica acima explicada, para que determinado comportamento seja qualificado como infracional e possa resultar na aplicação de uma penalidade, é imprescindível que se discuta o nexos causal que forma o vínculo interproposicional do antecedente ao consequente da norma jurídica. Isto é, o nexos de causalidade jurídica entre a norma primária (endonorma) e a norma secundária (perinorma) (que não se confunde com o nexos causal entre comportamento e resultado).

3 NEXO DE CAUSALIDADE JURÍDICA

Em linha às estruturas lógicas expostas acima, a responsabilidade é formada pelo nexos de causalidade jurídica entre o cometimento de uma infração a mandamento normativo e a aplicação da sanção prevista no ordenamento (a tríade endonorma violada, perinorma prevista no ordenamento como resposta e nexos de causalidade jurídica entre ambas). Conforme ensina Carvalho¹¹², o Direito possui indissociável dimensão axiológica, havendo sempre um valor na base de um comando normativo. O comportamento violador de uma norma que obriga ou proíbe representa em última instância um desvalor ao Direito, que oferece supedâneo ao ensejo de sua incidência.

Os elementos que compõem a responsabilidade possuem conteúdo determinado normativamente, de modo que cada regime jurídico pode ter diferentes valores sob sua tutela e eleger diferentes condicionantes para formação da causalidade jurídica para cumprir tal missão.

3.1 Regime jurídico ressarcitório *versus* regime jurídico sancionador (punitivo)

O regime jurídico ressarcitório e o regime jurídico sancionador evidenciam uma distinção essencial. Como se verá, parte da doutrina chega a afirmar que tal diferença é óbvia.

¹¹² “Não é exagero referir que o dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático. Em outras palavras, ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico. (...) Os modais "obrigatório" e "permitido" trazem a marca de um valor positivo, porque revelam que a sociedade aprova o comportamento prescrito, ou mesmo o tem por necessário para o convívio social. Caso o functor escolhido seja o "proibido", fica nítida a desaprovação social da conduta, manifestando-se inequívoco valor negativo. Vê-se que o valor está na raiz mesma do dever-ser, isto é, na sua configuração lógico-formal. (...) Onde houver valor, haverá, como contraponto, o desvalor, de tal modo que os valores positivos e negativos implicam-se mutuamente (...).” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6a ed., São Paulo: Noeses, 2015, p. 176)

Na essência, esses regimes priorizam diferentes valores, de modo a vincular a respectiva concepção de responsabilidade a distintos fundamentos e finalidades.

Por essa razão, há diferenças relevantes nos elementos normativamente estipulados para composição da “responsabilidade” nos regimes civil, penal, administrativo ou outro. Conforme detalhado adiante, o ordenamento prevê diferentes suportes fáticos para a endonorma, estipula diferentes condicionantes à formação do nexo de causalidade jurídica e adota significados distintos para determinados conceitos.

Nesse sentido, é essencial registrar o caminho pelo qual elegemos determinadas premissas e registrar alguns esclarecimentos sobre diferentes concepções de responsabilidade em um regime jurídico ressarcitório e um regime jurídico sancionador (repressivo ou punitivo).

3.1.1 Concepções de responsabilidade

A Constituição Federal emprega o termo “responsabilidade” em diversos sentidos diferentes, encampando sentido sancionatório, como direito ou poder, obrigação ou dever, conforme, entre outros, ilustra Zockun¹¹³. Ressalvada a polissemia do termo, cabe-nos o estudo da responsabilidade sob a ótica sancionatória, isto é, como ordem de recomposição da ordem jurídica (ou, nas palavras do autor, *obrigação legal de recompor*) – seja por meio do ressarcimento, seja por meio da punição, seja por meio da cumulação dessas funções.

Ainda que essa recomposição seja tomada como sanção, *lato sensu*, os regimes jurídicos ressarcitório e punitivo guardam distinções bastante claras, há muito percebidas pela doutrina. De forma bastante objetiva, observa Osório, já fazendo referência à finalidade das pretensões ressarcitória e punitiva (ou *sancionatória* em sentido estrito) e sua conexão com a natureza da competência¹¹⁴:

Uma técnica saudável, na busca de definição das fronteiras entre as medidas sancionatórias e outras espécies de medidas gravosas ou aflitivas, é a separação dos terrenos abarcados por finalidades afins, dentro de critérios razoáveis, pautados por valorações sistêmicas e orientados à percepção das competências institucionais. Os atores competentes devem, pois, ser cotejados com as medidas que manejam, de modo a identificar a teleologia das competências e normas invocadas. A finalidade punitiva da sanção administrativa não é incompatível com uma finalidade disciplinar, embora se aparte, por óbvio, da pretensão ressarcitória.

¹¹³ ZOCKUN, 2010, p. 21.

¹¹⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 102.

Cabe verificar em que se diferenciam e as consequências disso, razão pela qual demanda-se o exame da doutrina civil ao abordar a reparação de danos. Conforme exposto na lição de Fernando Pessoa Jorge¹¹⁵, versando sobre a responsabilidade civil lusitana, o termo “responsabilidade” é tradicionalmente utilizado com aderência subjetiva, ligado à noção de culpa. Em concepção jusfilosófica, semelhante ao que se verifica no Direito Penal¹¹⁶, a noção objetiva de responsabilidade responde ao ideal de liberdade¹¹⁷, isto é, em um diálogo entre a perspectiva individual de livre arbítrio¹¹⁸ e os conceitos de culpa e pena (ambos em sentido amplo). Nessa linha, o autor defende uma conceituação mais restrita de responsabilidade e ato ilícito, que só seria possível a partir de um ato voluntário e livre¹¹⁹, origem histórica também ilustrada por Rosenvald¹²⁰.

Nessa perspectiva subjetiva, examina-se um comportamento e um resultado danoso dele decorrente. Esse resultado danoso demanda recomposição desde que provocado por um comportamento culposos. Isto é, o nexos causal se funda na culpa, ancorando a imputação de responsabilidade na reprovabilidade calcada no comportamento culposos do agente (a responsabilidade aquiliana). Dessa reprovabilidade à conduta culposa, na perspectiva de

¹¹⁵ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Almedina, 1995, p. 67.

¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Da responsabilidade penal e da isenção da pena**. 2. ed. rev. e ampl. Belo. Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 64.

¹¹⁷ “Eis o encontro de faixas de opções valorativas, que facilita o aparecimento da chamada liberdade de escolha. Neste tópico, aliás, cabe uma consideração de superior importância: vista a liberdade como opção de conduta entre os marcos estabelecidos como balizas, torna-se possível uma definição objetiva de responsabilidade é a consciência que o indivíduo tem dos limites que determinam o espaço de sua liberdade” (CARVALHO, Paulo de Barros. **A respeito da liberdade**. In: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Unisul de Fato e de Direito. Ano IV, nº 8. 2014, p. 73).

¹¹⁸ “O termo *responsabilidade* corresponde à ideia geral de responder ou prestar contas pelos próprios actos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade de imputar, dum ponto de vista ético *lato sensu*, determinado acto e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento. (...) Claro está, para haver responsabilidade neste sentido, é necessário que o agente seja racional e livre e actue no uso de suas faculdades ou, por outras palavras, que seja imputável. E é por isso que apalavra responsabilidade aparece frequentemente em sinonímia com *imputabilidade*, dizendo-se que uma criança de tenra idade ou uma pessoa totalmente demente *não são responsáveis*. (JORGE, *op cit.*, p. 35.)

¹¹⁹ “Por outras palavras, a violação voluntária de uma norma jurídica determina a possibilidade de formular, a seu respeito, dois juízos de valor e não apenas um; o juízo de valor sobre o carácter anti-social (ou socialmente nocivo) do acto ou do seu resultado, e o juízo sobre a conduta do agente, na sua dimensão ético-jurídica. Pode dizer-se neste sentido, para usar de uma fórmula que aparece nalguns autores, que a violação da norma jurídica implica um juízo de valor sobre o facto e um juízo de valor sobre o agente. Entendemos, pois, que a expressão acto ilícito deve ser utilizada apenas, em rigor, quando se verifique uma rebelião voluntária contra o direito, quando a actuação ilícita resulte de vontade consciente e livre”. (JORGE, *op cit.*, págs. 62-64).

¹²⁰ “Em clássica obra, intitulada *Skyld, ansvar og straf* (culpa, responsabilidade e pena), ALF ROSS afirma que este trinómio vem ocupando a mente dos seres humanos em todos os tempos, tratando-se de conceitos comuns ao direito e à moral, que, apesar da diversa reacção punitiva, nos dois setores se relacionam da mesma forma: a culpa condiciona à responsabilidade e a responsabilidade condiciona à pena”. (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.)

Jorge¹²¹, projeta a estrutura sancionatória da responsabilidade civil, razão pela qual esse autor sugere aplicar-se o rótulo de responsabilidade apenas aos casos da chamada responsabilidade subjetiva, excluindo-se, pois, todas as hipóteses decorrentes da chamada “responsabilidade objetiva”¹²².

Daí que entende preferível a sistematização da responsabilidade civil sobre dois pressupostos, o ato ilícito e o prejuízo reparável¹²³, já que, nesta última concepção (responsabilidade objetiva), a responsabilidade representa a imputação de um dever, independentemente da reprovabilidade ou censura do comportamento.

Nessa mesma linha, conforme explica Venosa, a responsabilidade objetiva possui fundamento plural e pode prescindir inclusive do ato ilícito¹²⁴, a depender de como esse se define.

Não obstante, o instituto da “responsabilidade objetiva” é vem ganhando cada vez mais espaço em nosso sistema jurídico¹²⁵, afastando a noção tradicional punitiva e aproximando a noção de atribuição de uma consequência jurídica, conforme já mencionado excerto da lição de Venosa. É por isso que, ainda sob a perspectiva civilista, o termo se caracteriza justamente na

¹²¹ “Entendemos ser de evitar, na medida do possível, o emprego da palavra responsabilidade no segundo dos sentidos mencionados [responsabilidade objetiva], reservando-se o termo para designar a situação em que alguém se encontra de suportar certas consequências danosas ou certas sanções, por ter praticado um acto que lhe é imputável dum ponto de vista ético-jurídico.” Como resultado, sua definição de responsabilidade civil está adstrita à tradicional responsabilidade subjetiva: “a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito, é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que lhe causou.” (JORGE, *op. cit.*, p. 36).

¹²² Na perspectiva desse autor, historicamente dividiu-se a doutrina em uma corrente “objectivista” e “subjectivista”, priorizando a primeira a desconformidade objetiva com “o que o direito quer”, tendo a norma função imperativa, enquanto a segunda teria por norte um juízo de valor, tendo a norma função valorativa, que só seria possível a partir de um ato voluntário e livre. Acatando dupla função da norma jurídica, em sentido valorativo e imperativo, o autor entende que a ilicitude só atinge sua plenitude quando o comportamento objetivamente ilícito é simultaneamente culposos. Destarte propõe uma distinção entre um comportamento antissocial e o ato ilícito, ou, em outras palavras, “entre a actuação juridicamente isenta de qualquer censura e a ilicitude há uma vasta gama de comportamentos que a lei não proíbe, mas também não aprova”. Daí à conclusão de que pode haver situações jurídicas a partir das quais o direito comine um dever, sem que, necessariamente, haja ato ilícito.

¹²³ JORGE, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁴ “Desse modo, a tradicional responsabilidade extracontratual, extranegocial, também denominada tradicionalmente aquiliana, apresenta hodiernamente outros matizes, pois não coincide unicamente com o aspecto da reparação dos atos ilícitos. Há indenizações em sede de direitos difusos ou coletivos que extrapolam esse simples entendimento”. (VENOSA, *op. cit.*, p. 450).

¹²⁵ “Em nossa obra de introdução ao estudo do Direito – Primeiras Linhas – discorreremos mais longamente sobre a esfera moral e a responsabilidade daí decorrente. Cada vez mais a necessidade do exame da culpa torna-se desnecessário: a responsabilidade com culpa ou subjetiva ocupa atualmente local secundário, pois existem inúmeras situações legais de responsabilidade objetiva ou sem culpa. O ocaso da culpa mostra-se, portanto, evidente. O passado demonstrou a dificuldade de provas culpa por parte das vítimas, exigindo-se, em muitos casos, uma verdadeira prova diabólica”. (*Ibidem*, p. 432)

obrigação de reparação¹²⁶, com destaques por parte da doutrina acerca do papel da avaliação da conduta humana em cada tipo de responsabilidade, vide Nery Jr.

O autor explica que a responsabilidade civil subjetiva se funda na conduta culposa, enquanto a responsabilidade civil objetiva possui fundamento no risco ou “no fato da coisa”, sendo irrelevante apreciar a ilicitude da conduta do agente¹²⁷:

O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; e b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v.g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas). (...) A responsabilidade civil se assenta na conduta do agente (responsabilidade subjetiva) ou no fato da coisa ou no risco da atividade (responsabilidade objetiva). Na responsabilidade objetiva o sistema fixa o dever de indenizar independentemente da culpa ou dolo do agente. Na responsabilidade subjetiva há o dever de indenizar quando se demonstra o dolo ou a culpa do agente, na causação do fato que ocasionou o dano.

As situações em que cabe a responsabilidade civil objetiva estão discriminadas em lei de forma individual e específica, como expressa o art. 927 do Código Civil e seu parágrafo único. Por isso Nery Jr. afirma que o sistema geral do Código Civil é de responsabilidade civil subjetiva, sendo o sistema subsidiário o de responsabilidade civil objetiva¹²⁸.

Pertinente referência ao art. 933 do CC, que fala da responsabilidade objetiva por atuação de preposto¹²⁹, que encerra uma situação de dever de ressarcimento por conduta de terceiro. Outro exemplo, de fundamento distinto, o caso do art. 936 do Código Civil, que prevê a responsabilidade civil objetiva aos donos de animais, perigosos ou não, que venham a causar

¹²⁶ Ao tratar da responsabilidade civil, supera-se a sancionatória, embasando o conceito no dever de indenizar: “O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. (...) Para fins didáticos, porém, quando se menciona responsabilidade civil, ocorre-nos imediatamente o campo da responsabilidade extranegocial. Contudo, ontologicamente sempre estaremos no âmbito da reparação de danos”. (*Ibidem*, p. 430)

¹²⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2014. p. 2230.

¹²⁸ “Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade civil subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa lato sensu (culpa – imprudência, negligência ou imperícia – ou dolo) do agente”. (*Ibidem*, p. 2230)

¹²⁹ Neste aspecto, cumpre referência também à Súmula 341 do STF, que chega a tratar da distinção entre culpa e dolo na situação de representação, consagrando a noção de “culpa presumida” do patrão em caso de atuação culposa do preposto. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 341. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Rio de Janeiro, 2009. Data do julgamento: 16/10/2009)

dano. Nestes casos, o comportamento humano relevante é o que o conecta à situação jurídica e se trata de comportamento lícito: ter um animal.

Cumpra a ressalva de que, historicamente, buscava-se justificar o dever de reparação nas noções de culpa *in vigilando*, *in custodiendo*, *in eligendo*, entre outras. A exemplo dos danos causados por animais, o sistema do código atual avançou nesse sentido, substituindo a relativização ou presunção de culpa pela responsabilidade objetiva – tal como, aliás, ocorreu com a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, vide adiante.

A situação jurídica enquadrada na norma que implica o dever de indenizar independe de um comportamento humano contrário a preceito jurídico, bem como ignora eventual comportamento diligente ou preventivo do dono do animal. À formação da causalidade jurídica basta a existência do dano e a ligação da situação jurídica descrita em lei com o indivíduo, nestes casos sendo a responsabilidade fundada nas teorias de risco.

Nesse cenário, registra-se um esforço, em termos históricos, da doutrina e da jurisprudência, para desenvolver teorias de risco¹³⁰, ampliar o conceito de culpa ou admitir em certa medida sua presunção, até a proposição de dever genérico de não prejudicar¹³¹ que possa justificar a imputação de uma consequência jurídica não fundada no desvalor ou reprovabilidade de uma conduta culposa.

Importante frisar que se trata de exceção do sistema, sendo os casos de cabimento dessas teorias especificamente normatizados. Na lição de Venosa¹³², reconhece-se para essas exceções uma distinta fundamentação para aferição do descumprimento do dever e, para isso, abre-se o conceito de ato ilícito:

A noção de responsabilidade, como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico. Sob tal premissa, a responsabilidade pode ser de várias naturezas, embora ontologicamente o conceito seja o mesmo. [...] Como visto, o círculo dos atos ilícitos como fatos e atos humanos é muito mais amplo: o ilícito civil nem sempre configurará uma conduta punível, descrita pela lei penal. No entanto, a ideia de transgressão de um dever jurídico está presente em ambas as responsabilidades. Cabe ao legislador definir quanto é oportuno e conveniente tornar

¹³⁰ ¹³⁰ NERY JR.; NERY, *op. cit.*, p. 442.

¹³¹ “Decantados esses dispositivos e essa matéria, verifica-se que neles estão presentes os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e, finalmente, culpa. Ao analisarmos especificamente a culpa, lembremos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar. Surge, destarte, a noção de culpa presumida, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar (Direito civil: parte geral, seção 29.2). Esse fundamento fez surgir a teoria da reponsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva”. (VENOSA, *op. cit.*, p. 442).

¹³² *Ibidem*, p. 459.

a conduta criminalmente punível. [...] O conceito de ato ilícito, portanto, é um conceito aberto no campo civil, exposto ao exame do caso concreto e às noções referidas de dano, imputabilidade, culpa e nexo causal, as quais, também, e com maior razão, fazem parte do delito ou ilícito penal. Em qualquer dos campos, porém, existe infração à lei e a um dever de conduta. Quando esse dever de conduta parece à primeira vista diluído e não identificável na norma, sempre estará presente o princípio geral do *neminem laedere*; ou seja, a ninguém é dado prejudicar outrem.

A passagem é rica e merece comentários. Vê-se o cuidado do autor com os desdobramentos dessas premissas exclusivamente no campo civil. O autor adota concepção que prescinde do cometimento pessoal de ato antijurídico e alerta sobre a abertura do conceito normativo de ato ilícito nesse regime específico. Coerentemente, o autor reconhece discrepância normativa entre responsabilidade de diferentes regimes¹³³, além de registrar a fundamental distinção no protagonismo do ato ilícito para ensejo de responsabilidade¹³⁴:

Levando-se em conta o rumo que tomou a responsabilidade objetiva, a teoria da responsabilidade civil deixa de ser apoiada unicamente no ato ilícito, mas leva em conta com mais proeminência o ato causador do dano. Busca-se destarte evitar um dano injusto, sem que necessariamente tenha como mote principal o ato ilícito.

Tem-se, portanto, que os elementos centrais da responsabilidade civil são o dano e o dever de indenizar. Se a responsabilidade civil pode ser entendida como a imputação jurídica do dever de reparação, cumpre avaliar o que se pode entender por dano e qual seria sua relação com a ilicitude em cada regime.

3.1.2 Esclarecimentos sobre as concepções de dano

É certo que o dano não é um conceito pré-jurídico ou categoria lógico-jurídica, que se possa extrair da teoria geral. Trata-se de instituto constituído normativamente, de modo que tratam suas reflexões da configuração do dano civil – imprescindível à constituição da responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva, conforme lição de Marcelo Bennachio¹³⁵.

¹³³ “O Direito Penal apenas considera a responsabilidade direta, isto é, do causador do dano ou da ofensa, do transgressor da norma. O Direito Penal pune somente perante a culpa, em sentido estrito, ou dolo. No Direito Penal, a noção de punição de terceiro não participante da conduta é, em princípio, completamente afastada no direito moderno, embora doutrinas modernas já acenem com revisão desse conceito, principalmente em crimes ecológicos: a pena não pode transpor a pessoa do agente, no entanto, surgem novos princípios na penalística moderna. (...) No Direito Civil, terceiros somente podem ser chamados a indenizar, e assim se faz de modo cada vez mais extenso, quando a lei expressamente o permitir e assim apontar”. (*Ibidem*, p. 441).

¹³⁴ *Ibidem*, p. 442.

¹³⁵ BENNACHIO, Marcelo. Considerações sobre a noção de dano. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. p. 434.

O autor define o dano civil como “*lesão a bem juridicamente tutelado*”¹³⁶, buscando uma definição suficientemente abrangente que abarque as diversas situações de responsabilidade civil positivadas no Brasil.

A definição merece algumas ponderações. Em primeiro lugar, é importante a ressalva de que o conceito de dano é normativo, podendo, portanto, variar de um regime jurídico a outro. Nesse esteio, em referência acerca do conteúdo normativo do dano, Bennachio¹³⁷ distancia a caracterização de infrações de diferentes regimes jurídicos:

Se o vigilante não cumpriu seu dever, mas o incapaz não agrediu quem quer que fosse; se o automobilista transgrediu as regras de trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia; se o proprietário não observou as precauções devidas na conservação do prédio e este ruiu, mas não atingiu nenhuma pessoa nem outros bens, não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade.

Importante esclarecer: diante de referidas situações, não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade *civil*, visto que, conforme o Direito posto, não havendo dano civil, não há o problema da reparação. Contudo, nota-se a peculiaridade de que, pensando-se nos mesmos exemplos, pode-se vislumbrar o problema da responsabilidade sob o prisma de outras normas jurídicas. A transgressão da regra de trânsito é exemplo bastante para ilustrar tal questão: ainda que não haja dano civil, a infração de trânsito pode ensejar responsabilidade administrativa e até penal.

Ademais, destaca-se o racional percorrido pelo autor quando da definição do conteúdo normativo do ato ilícito civil e concepção da responsabilidade objetiva¹³⁸:

O contraste existente entre o dano e a disposição normativa a determinar a consequência jurídica cabível encerra sua antijuridicidade, considerada em sentido objetivo ou subjetivo, tido por superada a noção teórica que identificava o ilícito civil culposos como o fato danoso e, assim, estabelecia a responsabilidade objetiva como responsabilidade civil por ato lícito. A irrelevância da culpa para estabelecer a responsabilidade civil objetiva não significa que o ordenamento jurídico compreende o dano como um fato lícito.

Ao falar, na passagem acima, da antijuridicidade do dano, o autor esclarece em nota que presume tratar-se do dano injusto¹³⁹:

¹³⁶ *Ibidem*, p. 440.

¹³⁷ BENNACHIO, Marcelo. **Considerações sobre a noção de dano**. p. 435.

¹³⁸ *Ibidem*, págs. 435-436.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 435.

Dano injusto. Acerca da contrariedade entre o dano e o ordenamento jurídico é interessante a aceção, não expressamente prevista no ordenamento pátrio, do dano injusto. O art. 186 do Código Civil brasileiro, seguindo a orientação do Código francês, somente coloca a necessidade da violação de direito para que surja o dever de indenizar, destarte, nada menciona acerca do chamado dano injusto, antijurídico ou ilícito, não obstante, tem de se entender como implícita em seu texto tal condição em virtude de que o dano que não afronta a lei não permite reparação [...].

A referência explica a ampliação do conceito de ato ilícito antecipada por Venosa. Com efeito, resulta do raciocínio uma reversão da lógica clássica: o que enseja responsabilidade civil é o dano civil causado por ato ilícito. No sentido inverso, propõe-se: o que caracteriza o ilícito é o dever normativamente imposto de reparação sobre um dano civil.

O dano civil é uma lesão a bem juridicamente tutelado que reflete um prejuízo patrimonial material ou extrapatrimonial, danos morais, emergentes ou lucros cessantes. Por outro lado, em outros regimes jurídicos, a lesão ou perigo de lesão (puníveis) a outros bens juridicamente tutelados por regimes distintos pode ocorrer não obstante a inoccorrência de um resultado, como o dano civil.

No campo do Direito Penal, Lydio Machado Bandeira de Mello traz interessante reflexão nesse contexto. Historicamente, parte da doutrina entendeu que o ilícito penal seria sempre antes um ilícito civil, administrativo ou de outra natureza, por sua subsidiariedade. Contestando essa visão, o autor explica que, a princípio, houve apenas o ilícito penal, com advento posterior dos demais ramos do direito. Na evolução das civilizações, alguns ilícitos permaneceram exclusivamente penais (a exemplo dos “*delitos formais e ou de pura conduta*”, conforme se aprofunda adiante); outros se tornaram também de outra natureza; e outros, ainda, deixaram de ser penais e tornaram-se apenas civis, administrativos etc.¹⁴⁰

O autor define “infração penal” como “*a ação ou omissão que lesa ou põe em perigo um dos direitos protegidos pela Lei Penal*”¹⁴¹, e “crime” ou “delito” como “*uma ação danosa ou perigosa proibida pela Lei Penal*”¹⁴². Primeira observação importante sobre os conceitos é que denotam a centralidade da *ação*, da *conduta* na configuração do ilícito. Ademais, introduz a classificação dos delitos quanto à intensidade de afetação ao bem jurídico. Na didática

¹⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, 1962, p. 59.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado Bandeira de. **Crime e exclusão da Criminalidade**. 1962, p.71.

¹⁴² *Ibidem*, p. 72.

formulação de Junqueira e Vanzolini¹⁴³, nessa classificação apartam-se os crimes de dano¹⁴⁴, dos crimes de perigo¹⁴⁵.

Os autores descrevem a questão apartando o *dano ou perigo dos resultados naturais advindos da conduta*¹⁴⁶. Ainda nas palavras desse autor¹⁴⁷, fica clara a separação entre resultado e o dano (penal) justamente pela separação entre tipicidade e antijuridicidade:

Como se viu, resultado não se confunde com lesão (já que o resultado, situado no mesmo plano da conduta – pertence à realidade, sendo que, tal como ela é descrita, depois pelo tipo, o conceito de lesão pertence à antijuridicidade, sendo certo que mesmo crimes sem resultado geram lesão ao bem jurídico). Portanto, a classificação dos crimes entre crimes de lesão e crimes de perigo de lesão pertence ao plano da antijuridicidade e não tem nenhuma relação com a classificação, no plano da tipicidade, entre delitos que exigem ou não resultado. O resultado é naturalístico (pertence à realidade e pode ou não integrar o tipo), dano e perigo estão em outro nível, no nível da valoração (ou desvaloração) jurídica do evento, na base da verificação do bem jurídico protegido, da qual se pode extrair o entendimento de que aquele resultado típico lesa ou apenas põe em perigo o bem jurídico.

Cabe lembrar, na passagem, as lições de Bittencourt¹⁴⁸ e Santos¹⁴⁹, também no esteio da teoria finalista, ao colocar na base do sistema jurídico-penal a *ação*, não o dano, e junto a ela traçar os conceitos de tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade como fundamentos do juízo de reprovação e punição. A doutrina ainda explica que o conceito de ação final, da teoria finalista, resultou também na separação, no plano da antijuridicidade, dos elementos “desvalor da ação”, como injusto pessoal representado pelo elemento subjetivo, e o “desvalor do resultado”, como a lesão ou perigo de lesão que reflete o *dano social* produzido¹⁵⁰.

O dano como “lesão a bem juridicamente tutelado”, nesse caso, ocorre pelo juízo de reprovabilidade da conduta, possivelmente desvinculado da necessidade de produção de um

¹⁴³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 72.

¹⁴⁴ Aqueles em que a conduta típica provoca efetiva lesão ao bem jurídico.

¹⁴⁵ Aqueles em que a conduta típica provoca um risco de lesão ao bem jurídico.

¹⁴⁶ Ao classificar os crimes de merca conduta ou de simples atividade: “o tipo sequer descreve qualquer resultado, direta ou indiretamente. Isso não quer dizer que nos crimes chamados de simples atividade não se exija dano ou perigo ao bem jurídico. Significa simplesmente que neles ‘o supedâneo natural do dano ou lesão ao interesse que a norma tutela é a própria conduta do agente, como realidade espacial e temporal em que seu querer interno se exterioriza’ (Frederico Marques, Tratado de direito penal, v.1, p88). Os eventuais resultados naturais advindos da conduta, não constantes do tipo (por isso, chamados extratípicos), são catalogados como consequências do crime e importam somente para a dosimetria da pena (como dita o art. 59 do CP). (*Ibidem*, p. 71)

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 72.

¹⁴⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. volume 1, 26ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1000-1022.

¹⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, págs.7-9.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.7.

resultado naturalístico e, portanto, deixando de ser o suporte fático essencial do antecedente normativo.

Daí a distinção entre as consequências da concepção do dano no regime civil e no regime penal. O dano no regime civil figura como elemento fático central da endonorma, enquanto no regime penal esse elemento fático é a conduta. Em síntese, o ilícito civil se constitui a partir da norma impositiva de responsabilidade civil cujo suporte fático tem de conter um dano injusto, não necessariamente uma ação reprovável. De outro lado, a responsabilidade penal se forma sobre o suporte fático de uma ação reprovável, não sendo necessária a produção de resultado danoso. Aqui, o dano (lesão a bem juridicamente tutelado) é objeto de valoração jurídica em plano distinto.

A partir dessa comparação e diferenciação, provoca-se sobre a possibilidade de replicar a lógica (invertida) do regime civil no regime repressivo.

3.1.3 Fundamentos da responsabilidade e finalidades da sanção

Como visto, no campo do Direito Civil, pôs-se o dever de reparação como premissa, já que previsto normativamente, concluindo que não existe dever de reparar o prejuízo lícito (ou dano justo), daí à manutenção da constituição do ilícito na responsabilidade civil objetiva, estabelecendo-se o nexo de causalidade entre a situação jurídica danosa prevista na norma e o sujeito a ela ligado.

A mesma lógica não pode ser estendida ao regime jurídico repressivo pelas limitações ao que pode constituir um ato ilícito punível, impostas pelo próprio Direito. No racional exprimido, considera-se ilícito o dano que enseja reparação, mas não se pode presumir ilícito o ato que seja punível pura e simplesmente pela imputação de um dever de punição (ou seja, como se a determinação de punir fosse um fim em si mesma). Não se pode colocar como premissa o dever de punição para, a partir dele, configurar a ilicitude de uma conduta. Nesse regime, o nexo de causalidade exige um juízo de reprovação adicional.

Em outras palavras, o ato punível é o ato ilícito, que é definido juridicamente no mínimo de forma típica e antijurídica, sendo essas condições necessárias – ainda que não sejam suficientes – ao ensejo de punição. A base do sistema jurídico-penal é a *ação*, não o dano, e a ação atrai os elementos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade como fundamentos do juízo de reprovação e punição.

Por essas características, é imprescindível notar que a transposição do conceito de “responsabilidade objetiva” de um regime jurídico (reparatório) a outro (sancionatório, repressivo) enfrenta obstáculos a nosso ver intransponíveis.

Primeiro, reforça-se o fato de que a responsabilidade civil surge inescapavelmente da existência de um dano civil, que é seu elemento fundamental e originário, o que não se reproduz nos regimes penal e administrativo sancionador, cuja base fática é a *ação*¹⁵¹ e o dano é elemento residente no plano da antijuridicidade. Ou seja, há condutas intrinsecamente dotadas de reprovabilidade jurídica que ensejarão sanção independentemente da produção de dano civil ou mesmo do ato ilícito civil¹⁵².

Segundo, registra-se que as finalidades são precipuamente distintas no regime civil e nos regimes penal e administrativo sancionador, quais sejam, respectivamente, a indenização do dano civil e a (re)orientação de determinado comportamento pessoal juridicamente positivado como reprovável. A recomposição do ordenamento, em linha às premissas adotadas sobre as lições de Carvalho no Capítulo 1, se dá de formas distintas.

Bandeira de Mello ensina que a finalidade das sanções, em sentido estrito (i.e., “*providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa*”), está vinculada à reorientação do comportamento humano em duas facetas: evitar a reincidência pelo infrator e cumprir função exemplar para a sociedade¹⁵³. À combinação dessa dupla função atribui-se aqui o rótulo “efeito dissuasório”.

Isto é, enquanto a indenização possui caráter predominantemente reparatório, como foco prioritário na vítima, a sanção em sentido estrito (penal ou administrativa) tem por finalidade precípua um efeito dissuasório daquela conduta à qual o ordenamento atribuiu o referido desvalor, com foco prioritário no malfeitor. Objetiva-se a (re)orientação do comportamento.

¹⁵¹ Especificamente no campo administrativo sancionador, Nieto é didático ao apontar a importância da ação no estabelecimento de responsabilidade, em detrimento da responsabilidade por fato, como sugeriria a doutrina penal em busca do distanciamento do direito penal do autor: “*Desde un punto de vista exclusivamente técnico – y siendo consecuente con el sistema y terminología que en este libro se desarrollan – me atrevo a sugerir que mejor expresión << responsabilidad por el hecho>> sería la de << responsabilidad por acción>>*”. (NIETO, *op. cit.*, p. 379).

¹⁵² Na passagem, cabe breve referência às elucidativas sínteses de Bandeira de Mello e Di Pietro, ao tratar da responsabilidade civil por parte do Estado, avaliando o elemento da antijuridicidade e responsabilidade por ato ilícito: “Entende-se por responsabilidade patrimonial do extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”. (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1011). E “Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico”. (DI PIETRO, *op. cit.*, p. 1446).

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, págs. 866-867.

Nesse sentido, são didáticas as lições de Bittencourt¹⁵⁴, no campo penal:

Precisamente, pela formalização da base democrática do controle social, no sentido de que o exercício do poder punitivo por parte do Estado vê-se limitado pelos princípios e garantias reconhecidos democraticamente pela sociedade sobre a qual opera. Isso significa que, apesar de ser denominada uma teoria preventiva, de base relativista, com vistas ao futuro, não abandona o princípio da culpabilidade como fundamento da imposição de pena pelo fato passado, assumindo, portanto, e sem contradições teóricas, a ideia de retribuição da culpabilidade como pressuposto lógico da finalidade preventiva dos delitos.

No campo administrativo sancionador, no esteio das lições supra de Bandeira de Mello, vale a referência a Ferreira¹⁵⁵:

Seguindo a orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello, aponta-se que a finalidade das sanções administrativas é desestimular comportamentos administrativamente reprováveis, com efeitos concretos voltados para o passado, enquanto resposta pelo cometimento da infração, bem como vocacionados para o futuro, reforçando o justo receio – do sancionado e da coletividade em geral –, da imposição de sanção em situações iguais ou assemelhadas.

De modo similar, com destaque à tipificação de comportamentos, Rafael Munhoz de Mello¹⁵⁶:

Reconhecer que a sanção administrativa retributiva esgota-se na imposição de um mal ao infrator não significa aceitar que a finalidade de tal medida seja a de punir. A finalidade da sanção retributiva, penal ou administrativa é preventiva: pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos.

É verdade que no Direito Administrativo se verifica especial complexidade, até por sua amplitude e heterogeneidade normativa. Mello ilustra tal heterogeneidade ao citar o que chama de sanção ressarcitória, incluindo a responsabilidade patrimonial do Estado, também caracterizando o ilícito na violação ao dever de não causar danos a terceiros¹⁵⁷. Embora em posição minoritária, a gênese do pensamento reforça a distinção que aqui se destaca.

Importante observar que, para a doutrina majoritária, o contexto da responsabilidade civil (ou responsabilidade patrimonial extracontratual, como preferimos) do Estado não integra o campo do Direito Administrativo Sancionador, vide conceituação supra. Trata-se de

¹⁵⁴ Nesse contexto, aderindo à teoria da prevenção geral positiva limitadora. (BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 367).

¹⁵⁵ FERREIRA, Daniel. Reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. (Coord.) **Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019. p.91.

¹⁵⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 29.

responsabilidade patrimonial com origem diversa^{158 - 159}, calcada – tal qual qualquer responsabilidade civil objetiva – na existência do dano enquanto suporte fático, funcionando como mecanismo de socialização de prejuízos. Funda-se na persecução do princípio da isonomia¹⁶⁰, quando diante de comportamento lícito gerador de dano antijurídico, e do princípio da legalidade quando diante de comportamento ilícito. De uma forma ou de outra, mantém-se o dano civil como elemento central e mantém-se a estrutura composta apenas pela causalidade entre comportamento administrativo e efeito danoso¹⁶¹.

Conforme Bandeira de Mello e Di Pietro, ao tratarem da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, as teorias publicistas iniciaram com a noção de “culpa administrativa” ou “culpa do serviço”, buscando desvincular uma “culpa anônima do serviço público” da culpa do funcionário. Tais teorias são de responsabilidade subjetiva¹⁶², passando, então, à teoria do risco administrativo como base da responsabilidade objetiva do Estado, desvinculando-se o estabelecimento da necessidade de ato ilícito¹⁶³.

Ainda no contexto da responsabilidade civil do Estado, Ferreira¹⁶⁴ acolhe:

[...] a larga tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira no sentido de a obrigação de indenizar poder decorrer não apenas de uma atuação antijurídica, como também de atuação juridicamente conforme do Poder Público – compreendida aqui como aquela realizada sob o manto da lei do Direito –, quando eventualmente causadora de dano (indenizável).

¹⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1015.

¹⁵⁹ ZOCKUN, *op. cit.*, p. 39 e 61-64.

¹⁶⁰ “No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito”. (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1025)

¹⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1021; ZOCKUN, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶² “É mister acentuar que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É de responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello”. (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1024.)

¹⁶³ “Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (...) e anormal (...); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 1494).

¹⁶⁴ FERREIRA, Daniel. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão** In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 54.

É especialmente esclarecedora a lição de Zockun, ao tratar da estrutura lógico-sancionatória da responsabilidade patrimonial do Estado prevista no art. 37, §6º da Constituição da República. Ilustrando movimento similar ao tratado acima por Venosa e Nery Jr., o autor fixa que o dano antijurídico é pressuposto do nascimento dessa responsabilidade¹⁶⁵, servindo de suporte fático que integra o antecedente normativo¹⁶⁶, reduzindo-se a relevância da licitude do comportamento do agente. Nesse diapasão, o autor descreve¹⁶⁷:

Com efeito, a teoria tradicional examina a responsabilidade patrimonial do Estado tomando em conta a conduta do agente. No entanto, Enterría desloca o eixo de exame da matéria: da conduta do agente para o resultado decorrente dessa conduta. Ou seja, desloca o foco ejtor da responsabilidade patrimonial do Estado da conduta que enseja o nascimento do dano para o próprio dano. E isso porque, com base nesse pensamento, não importa saber se a conduta do agente foi, ou não, contrária à ordem jurídica. Importa saber, na verdade, se a consequência dessa conduta é contrária ao direito positivo. (...) Assim, o dano é colocado como ‘suporte fático’ da norma de responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ele não há falar em responsabilidade. Logo, o ponto de partida para a eclosão da responsabilidade patrimonial do Estado, seu verdadeiro estopim jurídico, será, sempre, o dano perpetrado no patrimônio alheio, e não a conduta do agente que ocasionou essa lesão. Afinal, é o dano (e não a conduta do agente do Estado ou de quem lhe faça as vezes) que se qualifica como ‘fato gerador’ da responsabilidade patrimonial do Estado.

Adiante, chega o autor à premissa de que a responsabilidade objetiva do Estado caracteriza o dano indenizável causado pelo Estado como infração ou fato ilícito – em evidente aproximação à linha de raciocínio de Bennachio¹⁶⁸ quanto à definição do ilícito civil:

Se não é a conduta do Estado que, à luz do art. 37, §6º, da Constituição da República, faz nascer o dever de indenizar, mas sim o resultado da sua conduta, então *todas* as hipóteses que ensejam a responsabilidade patrimonial do Estado têm como ‘fato gerador’ um ilícito (o dano ilícito). E, nesse caso, o dever do Estado de recompor o patrimônio ilicitamente esgarçado se traduz em uma sanção.

Vale, na passagem, a complementação em relação aos possíveis enfoques para observação dessa matéria na conduta (ação) ou em sua consequência (dano), como bem ilustra o autor¹⁶⁹:

Diante dessas considerações, percebe-se que o foco de análise da responsabilidade patrimonial do Estado, se alocado na conduta do agente, admite seu nascimento por fato lícito ou ilícito. Se, pelo contrário, alocado na consequência da conduta desse agente, traduz-se, sempre, em responsabilidade por fato ilícito. Afinal, como esclarecido, uns examinam o tema considerando o fato jurídico que faz nascer o dano,

¹⁶⁵ ZOCKUN, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁶ ZOCKUN, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁷ ZOCKUN, *op. cit.*, págs. 36-38.

¹⁶⁸ ZOCKUN, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶⁹ ZOCKUN, *op. cit.*, p. 45.

e outros observam a questão tomando em conta o fato jurídico que faz nascer o dever de indenizar.

As mesmas complexidades têm de ser enfrentadas no transporte do regime ressarcitório (seja no contexto entre particulares, seja no contexto da responsabilidade patrimonial do Estado) ao regime sancionador: a presença fundamental do dano como suporte fático e a imputação de um dever que prescinde da reprovabilidade da conduta (ou, nas palavras de Bandeira de Mello, “*independente de comportamento censurável juridicamente*”¹⁷⁰).

Portanto, falar-se em responsabilidade objetiva no âmbito civil ou a responsabilidade objetiva patrimonial do Estado possui racionalidade na (i) exigência de existência de um dano civil objetivamente produzido, seja decorrente do risco, seja decorrente da violação ao proposto dever geral de não prejudicar; e (ii) imputação direta do ônus de indenização desse dano a alguém, sendo desnecessário avaliar seu comportamento.

Em contrapartida, falar-se em responsabilidade objetiva no âmbito repressivo causa desconforto, pelo menos, devido (i) à distinção de suporte fático, trocando o dano por uma ação, ou seja, substituição de um dano civil objetivamente imputável a alguém por um juízo de reprovabilidade jurídica da conduta de um agente, e, principalmente, (ii) como manter a finalidade dissuasória voltada a essa reprovabilidade de conduta, se é desnecessária a avaliação de um comportamento, ou mesmo a possibilidade de uma responsabilidade que ultrapasse a pessoa do ofensor.

Nesse cenário, conforme já se demonstrou, não é nova a investigação principiológica do Direito Administrativo Sancionador no intuito de delimitar suas finalidades e encontrar meios de atingi-las de modo eficiente, sem prejuízo de seu vínculo aos direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, necessário apontar o conjunto principiológico atraído por cada regime (reparatório ou sancionatório) e suas implicações.

3.1.4 A doutrina da matização principiológica

É antiga a investigação doutrinária, no Brasil e em outras jurisdições, acerca da aplicação principiológica no sistema administrativo sancionador, bem como eventual atração de princípios há muito aplicados no sistema penal. No contexto, cumpre o destaque ao alerta de

¹⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 1024.

Costa¹⁷¹, na distinção da natureza jurídica de atos adotados pela Administração Pública e a necessidade de *rigor* nos princípios que norteiam sua atuação repressiva:

Esse fenômeno não ocorre isento de problemas. Além de ser necessário questionar sobre os fundamentos e os limites, materiais e processuais, do alargamento da atuação punitiva da administração pública – o que vem ganhando espaço nos estudos do direito administrativo – também é preciso observar que os órgãos administrativos atuam, muitas vezes, sem observar a racionalidade imbuída em qualquer função sancionadora. Nesse diapasão, Maia filho e Maia anotam que a administração com frequência comporta-se, no exercício do poder administrativo sancionador, como se praticasse atos executivos, desconsiderando as especificidades da atuação punitiva. Portanto, a hipertrofia do âmbito punitivo da administração públicas não veio acompanhada de um conjunto de regras e princípios que delimite e imponha parâmetros rigorosos à aferição do ilícito e imposição da sanção.

Encontra-se em doutrina desde a leitura pela não aplicação¹⁷², até a antecipada leitura de aplicação integral¹⁷³, passando por diversas leituras de aplicação adequada, modulada, matizada – cabendo ressaltar que se encontram plurais entendimentos acerca dos referidos matizes, cada qual com seu fundamento.

Sobre as leituras matizadas, em doutrina estrangeira, buscando-se fundamentos próprios ao Direito Administrativo Sancionador, destacam-se Puig, Carrasco, Sotomayor e Armijo¹⁷⁴ e Sierra¹⁷⁵. Cordero também acompanha aplicação matizada, com a ressalva que isto seja feito

¹⁷¹ COSTA, *op cit.*, p. 118.

¹⁷² “O termo regulação se refere a intervenções do Estado em atividades econômicas e sociais concebidas para dirigir ou encorajar comportamentos valorados pela comunidade, de modo a facilitar a busca de metas coletivas que de outra forma não seriam atingidas, no que constitui uma espécie de ‘direito público’ porque geralmente é reservada para o Estado (ou seus agentes) a tarefa de garantir o cumprimento de obrigações que não podem ser levadas a cabo por compromissos privados entre as partes interessadas. Assim, assuntos tradicionalmente pertinentes ao direito penal não se enquadram nos domínios do direito regulatório porque as atividades criminosas não são ‘valoradas pela comunidade’. O que distingue ilícitos regulatórios dos crimes tradicionais é o fato de que os ilícitos regulatórios geralmente não são objeto da condenação moral tipicamente associada aos crimes. A conduta regulada é proibida não primariamente em razão da sua improbidade moral, mas porque prejudica as metas coletivas que os esquemas regulatórios visam alcançar”. (VORONOFF, *op. cit.*, p. 101).

¹⁷³ “[...] sensível ao hibridismo de legislação penal executada por órgão administrativo, evoluiu a doutrina pátria com o surgimento do Direito Administrativo Sancionador, que não é axiologicamente incompatível com o Direito Penal-Econômico na medida em que se restringe ao âmbito da jurisdição administrativa. De fato, o Direito Concorrencial não se localiza no Direito Administrativo, tão somente por ter no Cade seu órgão executor, mas por faltarem-lhe os atributos desse ramo do Direito. Mas não na sua aplicação que, como se sabe, é de fato exercida sob a jurisdição de um órgão administrativo, o Cade. Recorda-se, neste ponto, porém, que o Direito Administrativo Sancionador tem igual cautela de haurir seus princípios no Direito Penal Comum”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 69).

¹⁷⁴ PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manue Izquierdo; SOTOMAYOR, Lúcia Alarcón; ARMIJO, Antonio Bueno. **Panorama del derecho administrativo sancionador em España**: Los derechos y las garantías de los ciudadanos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 7, núm. 1, jan./jun., 2005, pp. 23-74, p. 24. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73370101>>. Acesso em: 04 jul. 2023.

¹⁷⁵ “Es por ello que normas rectoras del derecho penal, como la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad son consideradas como principios del derecho sancionador, que se matizan en el ordenamiento administrativo dada la ausencia de regulación expresa. García Gómez de Mercado sostiene que: si el delito se define como una acción típica, antijurídica (o típicamente antijurídica), culpable y punible, la misma definición puede aplicarse a las

tendo-se por base os princípios do Direito Penal como “cota máxima” do Direito Administrativo Sancionador, devendo-se este último beber dessa fonte enquanto não amadurece suas próprias balizas¹⁷⁶.

No Brasil, já foi citada lição de Hungria, no qual diferencia meramente em termos quantitativos os ilícitos penais e administrativos, compreendendo esse último como um *minus* em relação ao primeiro¹⁷⁷. Também, Mello é expoente de uma compreensão acerca da integração de um “núcleo comum do regime punitivo”¹⁷⁸, aplicável a ambas as manifestações da competência punitiva, seja penal seja administrativa. Diogo Moreira Neto e Flávio Garcia¹⁷⁹ também ilustram a posição da unidade do jus punitivo, fundado na visão histórica do arbítrio do poder e dos avanços do Estado de Direito Democrático no controle do poder punitivo estatal mediante proteção dos direitos fundamentais:

E foi diante desse cenário e da imperiosa necessidade de proteção dos direitos dos cidadãos que a Constituição Federal de 1988 assegurou às pessoas um conjunto de princípios garantísticos de contenção do poder punitivo estatal, independentemente de a sanção ser aplicada pelo Estado Administração ou pelo Estado Juiz.

Conforme didaticamente leciona Costa, parte substancial da doutrina acompanha a teoria da unidade do *ius puniendi* como constitutiva de um regime jurídico próprio punitivo, macrossistema do qual fariam parte os subsistemas penal e administrativo sancionador. Com efeito, a autora rechaça o posicionamento por negar uma natureza autoritária dessa atividade e também por entender que dessa teoria decorreria, necessariamente, uma identidade normativa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Costa é profícua nos ensinamentos sobre as aproximações adequadas entre os sistemas, cujas ressalvas dessa aproximação, quando vinculadas exclusivamente à unidade do *ius puniendi*, são acompanhadas por Nieto¹⁸⁰ e Cordero¹⁸¹:

O autor também nos relata que o Conselho Constitucional francês entendeu que não se trata, neste tema, de trasladar as regras do direito penal ao administrativo

infracciones administrativas, con la diferencia de que, en este caso, la punición o castigo corresponde a la Administración y no a los tribunales de justicia”. (MERLANO SIERRA, *op. cit.*, p. 348).

¹⁷⁶ CORDERO, Christian Roman. **El Derecho Administrativo Sancionador en Chile**. In: Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo. Ano VII (2009) Nº 16, p. 95.

¹⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ano 1 n. 1, p.24-31, jan./mar. 1945. p. 24.

¹⁷⁸ MELLO, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A principiologia no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Direito Público. Ano 11, nº 43, out/dez. Belo Horizonte, 2013. p.3.

¹⁸⁰ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006. p. 178.

¹⁸¹ CORDERO, *op. cit.*, p. 93-94.

sancionador, mas sim de reconhecer quais são os princípios comuns da repressão jurídica. Diante dessa discussão, deve-se, em primeiro lugar, rechaçar a ideia de um único *ius puniendi* em razão de seu caráter autoritário, como já anteriormente manifestado. A seguir, cumpre reconhecer que a concepção traz, ainda, um caráter retórico, que visa a justificar a aplicação das garantias do direito penal à esfera administrativa, mas que acaba por apresentar sérios problemas de fundamentação, ao ignorar as diferenças normativas existentes entre os dois ramos do direito. (...) Por fim, é necessário deixar claro que a compreensão aqui adotada acaba por chegar a resultados jurídicos muito semelhantes à tese do *ius puniendi* único. Entretanto, apresenta justificativa mais calçada, pois não depende do reconhecimento de identidade entre direito penal e direito administrativo sancionador, o que configura, consoante analisado anteriormente matéria extremamente controvertida. Para concluir pela incidência de um regime jurídico mais rigoroso no campo do direito administrativo sancionador, basta reconhecer suas próprias características, quais sejam: imposição de restrição de direito fundamental a um particular pelo Estado, com base na prática de ilícito. A partir daqui, deve passar a incidir, com fundamento na Constituição, uma série de garantias e normas protetivas do particular e delimitadoras do âmbito de atuação estatal.

Note-se que a própria autora reconhece serem os resultados adotados semelhantes aos da teoria da unidade do *ius puniendi*, porém com supedâneo mais sólido ao resguardar a cada campo uma identidade própria, mantendo-se o rigor de apreciação da causalidade jurídica, conforme proposto por Nieto¹⁸².

Neste trabalho, concordamos com a noção de identidades distintas entre o direito penal e o direito administrativo sancionador e, por conseguinte, rejeitamos a noção de unidade do *ius puniendi* como fundamentação suficiente para a transposição automática e integral do arcabouço principiológico penal ao campo administrativo. Contudo, entende-se que reconhecer a unidade do *ius puniendi* enquanto *origem* da atividade estatal não implica reconhecer identidade plena entre as esferas, mas sim a existência de propriedades comuns que permitem uma observação aproximada de determinados fenômenos e o uso, observada a necessária adequação, de determinadas ferramentas teóricas.

Oliveira é profícua quanto a essa observação, ao refletir sobre a ausência de oposição entre o critério de unidade do *ius puniendi* e as assim chamadas “teses mistas” ou (quantitativo-qualitativa) para apartar o Direito Penal do Direito Administrativo Sancionador¹⁸³.

¹⁸² NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006. págs. 167-168.

¹⁸³ “Ou seja, entender que há uma unidade do direito de punir do Estado, não nos impede de interpretar que há uma gradação entre sanções, tipos de ilícito, e importância de bens jurídicos, e quena fronteira entre o penal e o administrativo há uma zona de discricionariedade do legislador. Relevante, assim, é incorporar o objetivo da tese de unidade do *ius puniendi* à aplicação prática do Direito administrativo sancionador, e identificar que, qualquer que seja a sanção imposta pelo Estado, ela deverá estar amparada de garantias próprias do Direito penal”. (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 127).

Aliás, nesse mesmo raciocínio, vale a referência às decisões trazidas por Cordero, o Tribunal Constitucional chileno acolhe a origem unitária do jus punitivo sem necessariamente oferecer qualquer contraste à autonomia do ramo do Direito Administrativo Sancionador e da importação matizada dos princípios que o informam, resguardada a garantia de direitos fundamentais¹⁸⁴.

Buscando, portanto, evitar confusões, acolhe-se o entendimento de origem comum do *ius puniendi*. Tal origem caracteriza a natureza do gênero “regime repressivo”, do qual são espécies, que guardam distinções normativas, o “regime penal” e o “regime administrativo sancionador”¹⁸⁵. Conforme a teoria das classes, recurso do construtivismo lógico-semântico supracitado, enquanto espécies, há propriedades comuns e propriedades distintas que servirão de critérios lógicos para determinação do conjunto normativo aplicável.

Seja sob o fundamento da unidade do *ius puniendi*, seja sob fundamento constitucional autônomo, vem se formando um relativo consenso em torno da premissa central de que a natureza repressiva da atividade estatal, ao invadir afluivamente a esfera de direitos fundamentais dos particulares como resposta a atos ilícitos visando à sua dissuasão, demanda um regime jurídico rigoroso no estabelecimento da causalidade jurídica.

Na literatura brasileira, ainda que eventualmente se filiem a doutrinas sensivelmente distintas e adotem diferentes fundamentos para dispor sobre a matização adequada, encontram

¹⁸⁴ “En armonía con lo señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia N° 244, de 199631, sostuvo que tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, de lo cual infieren que los principios del primero son aplicables al segundo, aunque “por regla general”, esto es, conforme puede fácilmente inferirse, de forma matizada, aunque también permitiría desviaciones del esquema penal. Con ello, el Tribunal Constitucional, tácitamente reconoció la autonomía del “Derecho Administrativo Sancionador”, prueba de lo cual es el empleo, hasta el día de hoy, de dicha expresión, para referirse a esta materia. Sin perjuicio de lo anterior, recientemente a través de los fallos N°s 479 y 480, de 200632, dicha Magistratura señaló que a pesar de existir algunas diferencias entre pena y sanción, ambas son manifestación del *ius puniendi* del Estado, de lo cual infiere que el estatuto constitucional establecido en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, es aplicable “con matices” al Derecho Administrativo Sancionador. Lo anterior constituye, a mi juicio, un importante cambio jurisprudencial, pues la voz “con matices”, que emplean estas sentencias, es más restrictiva que la utilizada por la N° 244 –“por regla general”–, ya que, a diferencia de esta última, no autorizarían desviaciones o excepciones al modelo penal, con lo cual, erróneamente, a mi juicio, el Tribunal Constitucional ha acercado el Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal, poniendo con ello en entredicho su autonomía –que le es consustancial, conforme he explicado–, y ha enfatizado, a su vez, su rol garantista, en desmedro de aquél que lo singulariza: la protección del interés público”. (CORDERO, *op. cit.*, p. 95-96).

¹⁸⁵ Em outras palavras, trata-se como um macrossistema repressivo que se ramifica em um subsistema penal (criminal) e um subsistema administrativo sancionador. Sua origem comum implica partilharem determinadas propriedades, enquanto sua especificação dentro desse macrossistema é o que os diferencia. Pela teoria das classes, traçar suas propriedades comuns e distintas fornece critérios para averiguar o que se denota de ambos os sistemas e o que é adequado apenas a um ou outro.

território comum neste aspecto específico, Costa¹⁸⁶, Ataliba¹⁸⁷, Ferreira¹⁸⁸, Mello¹⁸⁹, Nobre Jr.¹⁹⁰, Figueiredo¹⁹¹, Osório¹⁹², Oliveira¹⁹³ e, especificamente no que se refere à aproximação principiológica entre o processo penal e processo antitruste sancionador, Gilberto¹⁹⁴.

Vale pormenorizar o pensamento de Oliveira e Grotti, que descrevem de forma bem objetiva a longa e complexa evolução da leitura acerca da relação entre os regimes¹⁹⁵. Os autores explicam a necessidade de aproximação¹⁹⁶, deixando clara influência comum de certas

¹⁸⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo (USP), 2013.

¹⁸⁷ “Constitui exigência constitucional que toda vez que se configure situação em que o particular esteja diante do estado no exercício do seu direito de punir (castigar), incide automática e imediatamente o chamado regime jurídico punitivo, assim designado o conjunto de preceitos constitucionais e legais que estabelece limites procedimentais, processuais e substanciais à ação do Estado, nesta matéria (exercício do *jus puniendi*)” (ATALIBA, Geraldo. **Imposto de Renda – Multa Punitiva**. Revista De Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 126, p. 547-557, 1976. p. 550).

¹⁸⁸ “Como anota Canotilho (1993, p. 227), tratando do ‘princípio da máxima efetividade’: A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais). Forçoso concluir, pois, que todas as regras e todos os princípios versando sobre ‘ilícitos’, ‘sanções’, ‘litígios ou processos sancionadores’ e, adicionalmente, sobre as garantias deferidas aos ‘acusados’ e aos ‘sancionados’ em geral, como insculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuances, porque retratam o poder punitivo estatal” (FERREIRA, *op. cit.*, p. 176).

¹⁸⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, págs. 25-57, 2005, p. 25

¹⁹⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 219, pp. 127-151, 2000, p. 128.

¹⁹¹ “Nos primeiros, nos disciplinares, a Administração visaria a apurar fatos reputados como faltas administrativas funcionais, que poderiam levar até a demissão. Nos segundos, os sancionatórios, a Administração visaria a apurar infrações administrativas para aplicar punições. Nessas hipóteses, a verdade material sofre temperamentos. Não poderá a Administração agravar as penas, mercê dos recursos. Se assim não fosse, a parte ficaria absolutamente tolhida, quase que impossibilitada de levar sua defesa até o final. Claro está que nesses processos — disciplinares e sancionatórios — vão vigor os mesmos princípios do direito penal.” (FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 288)

¹⁹² OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 102.

¹⁹³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 190.

¹⁹⁴ GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. São Paulo: Singular, 2010. p. 45.

¹⁹⁵ “Atendo-se ao campo do Direito Penal, também se pode afirmar que o Direito Administrativo Sancionador acabou por ser fortemente influenciado pela evolução do primeiro, na medida em que é compreendido como ordenamento punitivo que pode substituir (despenalização) ou complementar (reduzir a administrativização do direito penal para resguardá-lo como ultima ratio) o sistema punitivo estatal de ilicitudes, havendo igualmente a análise de integração (convivência) desses dois regimes sancionatórios, visando, racionalmente, harmonizá-los na atuação punitiva estatal”. (OLIVEIRA; GROTTI, *op. cit.* p. 90)

¹⁹⁶ “Esta razão se sustenta na aproximação do seu objeto (atividade sancionadora) com outra atividade punitiva do Estado (*jus puniendi* penal), em relação a qual há histórico desenvolvimento de direitos e garantias fundamentais em favor do indivíduo. A terminologia, assim, auxilia na comunicação da ideia central de que, havendo possibilidade de sanção estatal, deve-se incluir em qualquer reflexão jurídico-científica do regime a existência e compostura de normas para proteção contra arbitrariedades estatais. A história do DAS, neste sentido, ao lado da efetividade de realização de interesses públicos, tem sido a história de afirmação ponderada e crescente dos direitos e garantias derivados do Estado de Direito e seus corolários no campo sancionatório”. (*Ibidem*, p. 104)

propriedades sem consequente equivalência entre eles¹⁹⁷. Notadamente, os autores trazem a importância da influência do pragmatismo ao campo do Direito Administrativo Sancionador, enquanto precursor de um movimento pela elevação do princípio da eficiência¹⁹⁸, questão relevante e que será objeto de novos comentários adiante.

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal também vem solidificando a positivação de tal premissa, ainda que sobre ela se possa enxergar nuances entre uma decisão e outra. Na Reclamação nº 41.557¹⁹⁹, acolheu-se mais amplamente a noção de macrossistema punitivo, afluindo-se aos subsistemas penal e administrativo sancionador.

Já no Mandado de Segurança nº 32.201²⁰⁰, o STF reconheceu tanto a autonomia científica do direito administrativo, quanto os aspectos basilares de seus princípios, a partir dos quais essas premissas se reproduzem nos Mandados de Segurança nº 35.294 e nº 35.536, já com repercussão em outras decisões:

Não obstante, já há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o do poder de polícia. Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de um autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador¹. Essa linha de pensamento se mostra apropriada na medida em que as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um

¹⁹⁷ “Com isso, houve significativo tratamento doutrinário para construir a identidade do Direito Administrativo Sancionador em face, sobretudo, do Direito Penal, porque logo se percebeu que estes sistemas sancionatórios não guardavam similitude de lógica operativa, e embora os ordenamentos sancionatórios possam constituir manifestações de *jus puniendi*, seus perfis singulares exigem um esforço para caracterizar o campo em que eles podem ser utilizados”. (*Ibidem*, p. 91)

¹⁹⁸ “Nos últimos anos, o Direito Administrativo Sancionador Brasileiro recebe o impacto do pragmatismo, preocupado não apenas com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais na matéria, mas também com a efetividade e legitimidade das normas e institutos sancionadores como instrumentos de tutela e concretização de interesses públicos, a que estão preordenados no bojo da atividade administrativa. A busca pela eficiência da atividade sancionadora perfilha no campo teórico uma nova forma de compreensão das sanções administrativas, marcadas pela sua instrumentalidade institucional no bojo dos marcos regulatórios de que participam”. (*Ibidem*, p. 92)

¹⁹⁹ Reclamação nº 41.557, julgada em 15 de dezembro de 2020 pela Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes, tratando de improbidade administrativa: “(...) *que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal*”. Importando, na passagem (p.4), doutrinas de Ana Carolina Oliveira, citando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) (“*O direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema penal*” in *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. p. 190) e Regina Helena Lobo da Costa (“*Assim, seguindo a proposta de Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão*” in *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 41.557. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data de Julgamento: 15/12/2020).

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.201 / Distrito Federal. Relator: Roberto Barroso. Data de julgamento: 21/03/2017.

regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal [...]

Eleger um regime repressivo condicionado a uma apreciação rigorosa de causalidade jurídica como premissa fundamental é importante frente à teoria material da Constituição²⁰¹, pois decorre disso que a origem dos princípios atraídos é a própria Carta Maior, já que a proteção do administrado face o arbítrio se dá na garantia de direitos fundamentais frente à atuação estatal em qualquer âmbito. Importante, neste aspecto, notar que se trata de normas materialmente constitucionais²⁰², não importando o diploma no qual encontram-se positivadas. Não se trata, pois, de importar princípios de um regime a outro, mas de identificar quais são os princípios de cada campo que possuem supedâneo na garantia desses direitos que fundam o regime democrático, seguindo os pressupostos da supramencionada Hermenêutica Constitucional de Streck.

Posta tal premissa comum, as questões que surgem, frente às quais a doutrina diverge de forma bastante plural, são quais princípios incidem sobre o regime administrativo sancionador e se incidiriam de forma suavizada em relação ao regime criminal. Evitando-se solucionar problema maior que o objeto presente, neste estudo cumprirá analisar o princípio da culpabilidade, por sua pertinência. Portanto, sem a pretensão de esgotamento da matéria, estabelecer-se-á um critério pela fonte constitucional.

3.1.5 Critério de matização principiológica

Se, como visto, historicamente a doutrina se debruça sobre tal problemática em ótica comparada com o direito penal, propõe-se a seguir breve investigação no mesmo sentido, de modo a verificar o calço constitucional que possa servir de base a ambos os ramos autônomos do Direito.

²⁰¹ “A importância do princípio tem, de último, crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.362).

²⁰² Conforme distinção bem descrita José Afonso da Silva: “Daí decorre a distinção das normas constitucionais em materiais e formais. Aquelas têm a natureza de constitucionais por seu objeto específico, que, por si sós, lhes definem o conceito, seja qual for o documento em que se encontram inscritas. Já as normas formais, segundo a doutrina corrente, só são constitucionais em razão do documento a que aderem”. (SILVA, José Afonso da. **Normas constitucionais**. In: FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 38).

A doutrina criminalista dá diversas lições acerca do lastro constitucional dos princípios que incidem sobre o regime penal. Por sua didática, conforme Junqueira e Vanzolini²⁰³, sobre os princípios constitucionais penais:

Tais princípios, por sua vez, ainda que não expressos no texto da carta magna, são uma decorrência direta do molde constitucional sobre o qual se apoiam, vale dizer, do molde de um Estado Social e Democrático de Direito. Nas palavras de Sebastian Borges Albuquerque de Mello, “os princípios penais têm atualmente assento constitucional e estão presentes na ordem jurídica vigente, pois é a Constituição a estrutura fundamental do ordenamento jurídico, portadora dos princípios fundamentais, não só da ordem jurídica, mas também dos subsistemas que o integram” (A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal, p. 167). Ou seja, do molde do Estado se elevam os princípios que alicerçam o Direito Penal. De ser um Estado Social, que busca o maior benefício com o menor custo aos cidadãos, decorrem os princípios da exclusiva proteção a bens jurídicos, a intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade, da insignificância, da adequação social. De ser um Estado Democrático decorrem os princípios da culpabilidade e da personalidade. De ser um Estado de Direito decorre o princípio da legalidade e suas consequências, como a taxatividade, a anterioridade e a proibição da analogia. É importante perceber que embora possam ser pedagogicamente estudados de forma compartimentada os princípios de limitação constitucional do jus puniendi são na verdade componentes de um mesmo sistema e estão estreitamente ligados uns aos outros. São como pilares de uma construção que suportam em conjunto o seu peso, de modo que o enfraquecimento de qualquer um deles provoca o desgaste de todo o sistema e, ao fim e ao cabo, a sua derrocada.

A adequação principiológica ao campo administrativo deve, portanto, partir da mesma observação do texto constitucional, extraindo dali sua fundamentação. Ainda que a coluna de princípios seja, conforme bem acentuado, una e simbiótica, o influxo dos princípios sofre adequação por exigências lógicas do próprio direito.

Os princípios decorrentes do Estado Social, da intervenção mínima e subsidiariedade, não são atraídos ao campo administrativo sancionador, senão por meio da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, por exclusão direta decorrente da natureza do direito penal. Se ao direito penal foi atribuída a natureza de *ultima ratio*, não pode haver um segundo sistema de responsabilização com a mesma premissa.

Já os princípios decorrentes do Estado de Direito e Democrático não possuem tal barreira lógica, sendo atraídos ao campo administrativo de forma necessariamente adequada apenas na proteção de direitos fundamentais de pessoas jurídicas. Neste íterim, não há dúvidas de que a atividade punitiva estatal, quando voltada a pessoas físicas, atrai as normas protetivas dos direitos fundamentais ligados tanto à dignidade humana quanto à vedação ao arbítrio. A

²⁰³ JUNQUEIRA; VANZOLINI, *op. cit.*, p. 17.

celeuma se dá sobre a incidência dos princípios no estabelecimento de responsabilidade de pessoas jurídicas.

Conforme leciona Greco²⁰⁴, a fundamentação do direito penal tornaria ilegítima²⁰⁵ e incompatível sua incidência sobre pessoas jurídicas:

O ponto de partida do presente estudo será a constatação de que qualquer tentativa de fundamentar um reproche de culpabilidade às pessoas jurídicas tem de fracassar (II). Por consequência, se esse princípio for aplicável à pessoa jurídica, não será possível escapar à conclusão de que estará violado o princípio da culpabilidade.

Ainda que se verifique forte repulsa à responsabilidade penal de pessoas jurídicas em doutrina, o Direito positivo prevê essa possibilidade no caso de crimes contra o meio ambiente, conforme art. 225, §3º, da Constituição da República e Lei 9.605/98. O judiciário, após certa controvérsia²⁰⁶, tem reconhecido sua aplicação, porém condicionada à responsabilização

²⁰⁴ GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade, tradução de O. Gleizer, *In*: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**. Quatro estudos, org.: Viana/Montenegro/Gleizer, Madrid/São Paulo, Marcial Pons, 2019. p. 57.

²⁰⁵ “Num primeiro momento, demonstrarei que toda responsabilização de pessoa jurídica recorre a uma imputação de atos de terceiros (infra 1.). Em seguida, tentarei explicar por que, no direito penal, vige um princípio que veda essa responsabilização por atos de terceiros, o chamado princípio da culpabilidade; deduzirei esse princípio da natureza da sanção prevista por esse ramo do direito, isto é, da natureza da ou do conceito de pena (infra 2.). Por fim, explicitarei de que maneira o princípio da culpabilidade seria violado pela punição de uma pessoa jurídica (infra 3.).” (GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas? *In*: **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas** – seminário Brasil-Alemanha. 2017. p.1).

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 622724/SC. Relator: Min. Felix Fischer, Data de julgamento: 17/12/04.

Tal entendimento foi reiterado nos embargos de declaração, julgado em 29/08/05: “Na dogmática penal a responsabilidade se fundamenta em ações atribuídas às pessoas físicas. Dessarte a prática de uma infração penal pressupõe necessariamente uma conduta humana. Logo, a imputação penal às pessoas jurídicas, frise-se carecedoras de capacidade de ação, bem como de culpabilidade, é inviável em razão da impossibilidade de praticarem um injusto penal”.

conjunta de pessoa física²⁰⁷, rejeitando a possibilidade de *habeas corpus* em benefício do ente coletivo²⁰⁸.

Enquanto se discute no direito penal a incidência normativa sobre pessoas jurídicas, tal discussão é de plano superada no âmbito administrativo sancionador. O estabelecimento de responsabilidade administrativa há muito supera conflitos axiológicos de imputabilidade.

Considerada a natureza abstrata das pessoas jurídicas, também não encontra obstáculos a aplicação de sanções à revelia da dignidade humana, como publicação de condenações em jornais e extinção de personalidade – aliás, como visto, nem mesmo cabe *habeas corpus* em seu benefício. Disto extrai a adequação dos princípios constitucionais fundamentados na dignidade humana, que não serão atraídos ao arcabouço administrativo sancionador quando da responsabilização de pessoas jurídicas.

Portanto, defende-se aqui que os princípios decorrentes do Estado de Direito e Democrático, como legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ofensividade, personalidade, tipicidade, culpabilidade e anterioridade, incidem com mais envergadura em sua face voltada à vedação ao arbítrio, já que nesta perspectiva a natureza da personalidade natural ou jurídica não impõe nenhuma distinção.

Consoante a pertinência ao presente estudo, abrir-se-á parênteses específicos para tratar do princípio da culpabilidade, por ser determinante na inteligência do tipo infracional disposto no art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/11, bem como por possuir múltiplas interpretações em

²⁰⁷ “[...] “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 564960/SC, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de julgamento: 13/06/05).

"Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.528/SC. Relator:: Ministro Felix Fischer, Data de julgamento: 18/6/07)

Verifica-se outros exemplos:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 43.751/ES. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, Data de julgamento 17/10/05;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 610.114/RN, Relator: Min. Gilson Dipp, Data de julgamento: 19/12/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 16.696/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Data de julgamento: 13/03/06.

²⁰⁸ “Como é da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não se presta para amparar reclamos de pessoa jurídica, na qualidade de paciente, eis que restrito à liberdade ambulatorial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 16762/MT, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Data de julgamento: 01/02/05); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 93.867/GO, Relator: Min. Felix Fischer, DJ 12 /05/08; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 24.933/RJ, Relator: Min. Celso Limongi, Data de julgamento 16/03/09; O Supremo Tribunal Federal também já decidiu no mesmo sentido, nos autos do Habeas Corpus 92.921-4/BA (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92.921-4/BA, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de julgamento: 26/09/08).

doutrina, seja no âmbito penal, seja no âmbito administrativo. Observadas as diferentes lentes e premissas, conforme exposto, buscar-se-á delimitar sua incidência adequada no direito administrativo sancionador, para posterior cotejo com a normatização antitruste.

3.1.6 O princípio da culpabilidade

No direito penal, o conteúdo e aplicação do princípio da culpabilidade passaram por diversas transformações frente à estrutura lógica dos delitos, passando desde a teoria clássica até a funcionalista, com substanciais inovações.

Como se verá, essas teorias criminais da culpabilidade fornecem um conjunto ferramental de extrema utilidade na observação de sua incidência sobre o campo administrativo, notadamente se observado o afastamento da dignidade humana como fundamento da atração de princípios para garantia de direitos fundamentais de pessoas jurídicas. Conforme a estruturação lógica dos delitos, segundos as teorias criminais, pode-se adequar a aplicação da culpabilidade ao campo administrativo no que tange às pessoas jurídicas.

É necessário reconhecer que a observação e a posição da culpabilidade em cada sistema guardam evidente distinção. Note-se: no direito penal, a observação da culpabilidade chega a quase impedir a incidência de todo o campo normativo sobre as pessoas jurídicas, salvo exceção específica, enquanto no direito administrativo sancionador busca-se alterar o conteúdo do princípio da culpabilidade sob a irresistível necessidade de responsabilização de pessoas jurídicas, que também é demandada pela própria Constituição Federal e está positivada em diversas leis, como a 12.846/13 ou 12.529/11, entre muitas outras.

A atração da culpabilidade ao campo do direito administrativo sancionador é amplamente estudada. Conforme referencia Cordero, no Chile, fala-se em aplicação matizada dos princípios do direito penal, incluindo a culpabilidade como forma de atuação “mais cuidadosa” que a habitual – mesmo reconhecendo-se a atividade de punir como ato executivo, substancialmente administrativo²⁰⁹.

²⁰⁹ Es decir, así como para sancionar necesita la Administración que haya una norma con rango de ley que describa con carácter previo y suficiente detalle la infracción (principio de legalidad), que haya al menos negligencia en la actuación del sujeto (culpabilidad), que no haya pasado el tiempo que da lugar a la prescripción, que el castigo sea adecuado a las circunstancias concurrentes (proporcionalidad), que no se impongan dos castigos por un solo hecho (non bis in idem), o seguir un procedimiento donde se acrediten suficientemente los hechos partiendo de la inocencia del ciudadano, nada de lo anterior será preciso, o al menos no de un modo tanto riguroso, cuando se trate de realizar otras actuaciones que aun incidiendo en la esfera jurídica de los administrados no tengan la consideración de sanciones.” (ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. **Manual de Derecho Administrativo Sancionador**. 1era edición, Madrid, Editorial

Na França, Sanchez entende haver um distanciamento do princípio da culpabilidade do Direito Administrativo Sancionador, ressalvadas peculiaridades desse sistema jurídico na relação entre as sanções penais e administrativas, algo que alerta ser estranho ao sistema espanhol²¹⁰.

Na Espanha, Nieto bem explica a evolução da matização²¹¹ do princípio da culpabilidade. Até a década de 1990, considerava-se a culpabilidade um elemento modal da graduação da sanção, bastando-se a voluntariedade da ação para ensejo da responsabilidade. Nesse período, passa a ser considerado aplicável o princípio da culpabilidade (por dolo, culpa ou negligência grave, culpa ou negligência leve ou simples negligência) como conceito chave para o “processo lógico sancionador”, tendo como primeira consequência o afastamento expresso da responsabilidade objetiva²¹².

Vale mencionar que a legislação espanhola se manifesta atualmente em todas as suas variantes, incluindo situações excepcionais de atribuição de sanção por simples inobservância²¹³, sentido em que o autor entende haver uma presunção relativa de culpa, que se assemelha à exigência de mera voluntariedade²¹⁴.

Nieto explica com especial riqueza a complexidade e até contradição na aplicação do princípio da culpabilidade na Espanha, que implica sua excessiva matização ou abandono. Reconhece o autor, excepcionalmente, o cabimento de delitos formais e a responsabilidade

Thomson-Civitas, 2005, p. 111. *Apud* CORDERO, Christian Roman. **El Derecho Administrativo Sancionador en Chile**. In: Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo. Ano VII (2009) nº 16, p. 93-94).

²¹⁰ “No hay verdaderamente en Francia una distinción cualitativa entre ilícitos penales y administrativos. De hecho, estos últimos se han construido en torno a la figura de la *contravention* que, como en su momento explicaremos, es la modalidad más leve dentro de la clasificación tripartita de las infracciones penales. (...) En cualquier caso, la aplicación de los principios de la potestad punitiva al ámbito administrativo, como veremos en los siguientes epígrafes, los ha flexibilizado de tal forma – eliminando en la práctica alguno como el principio de culpabilidad – que resulta más acertado afirmar que también en Francia el derecho administrativo sancionador ha acabado siendo independiente del ordenamiento penal. (...) Interpretado *sensu contrario* este precepto, la doctrina francesa entiende que para la comisión de una contravención es suficiente una relación de imputabilidad, que sólo puede destruirse en los supuestos de “fuerza mayor”. Se distinguen así, en cuanto al principio de culpabilidad, las “faltas intencionales” (o dolosas), las “no intencionales” (las imprudentes), las “cualificadas” (que vendrían ser un punto intermedio entre las dos anteriores, asimilables a lo que en nuestro ordenamiento conocemos como “dolo eventual”) y las “contravencionales”. En estas últimas, basta con realizar el acto material constitutivo de la infracción, por lo que impera un concepto de responsabilidad objetiva. La falta contravencional no se sujeta, pues, a prueba alguna tendente a justificar la ausencia de previsión o de intención de violar la ley, lo que es impensable en nuestro derecho administrativo sancionador” (SANCHEZ, Carlos María Rodríguez. **El derecho administrativo sancionador francés: Evolución histórica del principio de separación de poderes y perspectiva actual**. Gabilix: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº 10. 2017. p. 25 e 32).

²¹¹ “Ahora bien, desde el primer momento de la recepción se había advertido cautelarmente que ésta había de practicarse con <<matizaciones>>, puesto que la culpabilidad no operaba de la misma forma en los dos ámbitos”. (NIETO, *op. cit.*, p. 397).

²¹² *Ibidem.*, págs. 380-386.

²¹³ *Ibidem.*, p. 398.

²¹⁴ *Ibidem.*, p. 398-399.

objetiva, embora em seu entendimento tais fatos não demonstrem o afastamento do princípio da culpabilidade como regra geral, mas o contrário²¹⁵.

Na Colombia, Merlano Sierra congrega doutrina no sentido de aplicação do princípio da culpabilidade, justamente como fundamento da sanção punitiva²¹⁶. Na obra, cumpre o destaque à menção à Corte Constitucional colombiana em procedimentos tributários, pela aplicabilidade *absolutamente excepcional* da responsabilidade objetiva²¹⁷ e a manutenção de excludentes de ilicitude e culpabilidade²¹⁸.

Cumpra ainda ressaltar a referência à possibilidade de inversão do ônus da prova mediante a presunção relativa da negligência – reflexão importante quanto ao distanciamento de teorias de relativização ou presunção de culpa da responsabilidade objetiva, por suas causas excludentes:

Sin embargo, la Corte Constitucional es clara al afirmar que la exclusión de la responsabilidad objetiva no implica una excusa al deber de observación de las obligaciones, cuyo incumplimiento constituyen infracciones administrativas. En el derecho tributario, tal incumplimiento determina para el administrado una inversión en la carga de la prueba, pues verificado el incumplimiento de las obligaciones tributarias, la Administración presume la culpabilidad en la comisión de la infracción, quedando como recurso del administrado el ejercicio apropiado del derecho de defensa y contradicción, según el debido proceso sancionador. (...) Por ello, se predica sin dubitaciones la existencia de una identidad sustancial entre el delito y la infracción administrativa, como ilícitos punibles que se configuran de acuerdo con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la comisión de conductas, si bien no

²¹⁵ NIETO, *op. cit.*, p. 467.

²¹⁶ MERLANO SIERRA, Javier Enrique. **La Identidad Sustancial Entre el Delito y La Infracción Administrativa. Anotaciones a propósito de la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador**. Revista de Derecho, núm. 30, diciembre, 2008. Universidad del Norte. p. 350-353.

²¹⁷ La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C- 690 de 1996, sostiene que: “Sin embargo, la posibilidad de la responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional [...] En efecto, por expreso mandato constitucional (C.P., art. 29), las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en el ámbito del poder tributario. Por ello, la infracción administrativa tributaria requiere de la tipificación legal preexistente al acto que se imputa, de la manifestación clara de la antijuridicidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta. Igualmente, en materia penal, y en general en el campo sancionatorio, la Corte ha reconocido también, en varias providencias, que el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es “incompatible con el principio de la dignidad humana” y con el principio de culpabilidad acogido por la Carta en su artículo 29 [...]”. (MERLANO SIERRA, *op. cit.*, 352)

²¹⁸ En salvamento de voto, dentro de la Sentencia C-054 de 1999, el Magistrado José Gregorio Hernández expresó su inconformidad con el análisis jurídico contenido en el fallo al estimar que: La buena fe del contribuyente no se puede descartar solamente a partir de equivocaciones técnicas o contables. De la regulación española vale la pena resaltar la denominada ‘regularización voluntaria del obligado tributario’, contemplada en el apartado 3º, del artículo 179 de la L.G.T, que contempla el principio de responsabilidad. Según este apartado tercero, los obligados impositivamente que subsanen voluntariamente las irregularidades que llegaren a presentarse en las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes, hasta antes de la notificación del requerimiento de cumplimiento de la obligación tributaria, de inicio del procedimiento sancionador o de la investigación administrativa, no incurrirán en sanciones. Podríamos decir entonces que estos criterios responden al principio de interdicción de la responsabilidad objetiva. (MERLANO SIERRA, *op. cit.*, 354)

constituyen presupuestos idénticos para la imposiciones de sanciones de diverso orden.

No Brasil, conforme explica Oliveira²¹⁹, predomina em doutrina a responsabilidade subjetiva, embora em seu entender haja cabimento excepcional à responsabilidade objetiva:

No direito administrativo sancionador, também predomina a tese da responsabilidade subjetiva de pessoas jurídicas. As controvérsias sobre a admissibilidade da responsabilização objetiva na produção de sanções administrativas contra estes sujeitos de direito também estão presentes, sendo certo que a maioria da doutrina se posiciona pela regra geral da responsabilização subjetiva, havendo forte vertente doutrinária que admite o princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração no tema das sanções administrativas. Caberá sempre a indagação se o direito administrativo deve utilizar os conceitos desenvolvidos em outros campos científicos (direito civil e direito penal), ou deve encontrar critérios próprios para articulação da responsabilização subjetiva e objetiva no seu próprio domínio normativo. A responsabilização administrativa subjetiva de pessoas jurídicas no denominado direito administrativo sancionador é vista como projeção ou corolário do devido processo legal no âmbito dos processos administrativos, nos termos do art. 5º, inc. LIV e LV da Constituição. A subjetivação torna-se projeção da exigência constitucional de culpabilidade administrativa da pessoa jurídica. Em nosso parecer, a adoção da responsabilidade objetiva no campo de estudo do Direito Administrativo Sancionador – que, para nós, inclui as sanções administrativas stricto sensu e sanções estatais não penais – encontra guarida no nosso ordenamento, em situações excepcionalíssimas, observada a justificação constitucional desse modo de estruturação da relação jurídico-sancionatória na matéria disciplinada em lei.

Em sentido similar, destaca-se o critério exposto por Zockun²²⁰, ao exigir a responsabilização subjetiva na atividade sancionatória sobre o direito à liberdade e responsabilização excepcionalmente objetiva sobre o direito à propriedade:

Ainda que existam vozes dissonantes – e sempre existirão –, aceita-se que o direito de liberdade só possa ser tolhido na medida da culpabilidade do agente faltoso; ou seja, segundo sua responsabilidade subjetiva no cometimento do ilícito. E isso porque se adotou, para estes casos, uma teoria de causalidade viabilizadora apenas da responsabilização subjetiva. O mesmo não se pode dizer quanto ao tolhimento do direito de propriedade em vista dos mesmos fatos ilícitos, campo em que se admite a responsabilização objetiva (sem a necessidade, pois, de demonstração de dolo ou culpa do infrator no cometimento do ilícito). Adota-se aqui teoria diversa do nexo de causalidade, acolhedora da responsabilização objetiva, bastante apenas que o agente tenha deflagrado a conduta que redundou no ilícito, pouco importando se teve ou não interesse nesse resultado.

Apoiando a exigência da aplicação do princípio, destaca-se Mello²²¹:

²¹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Comentários ao art. 2º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 27.

²²⁰ ZOCKUN, Maurício **Comentários ao art. 1º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 19.

²²¹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, 2005. p. 31.

De fato, se a sanção retributiva é um mal imposto a quem age em desconformidade com determinados comandos legais, medida aflitiva que não representa nenhum benefício à vítima, tendo apenas finalidade preventiva, é necessário e natural que alguns princípios sejam observados em sua aplicação: i) a conduta proibida deve ser detalhadamente descrita em lei prévia, para que os particulares saibam exatamente o comportamento indesejado que pode sujeitá-los à imposição da sanção; ii) a sanção somente pode ser imposta a quem agiu de modo voluntário e culposos, pois a finalidade preventiva que justifica a imposição da medida não será atingida se o infrator agiu de modo involuntário ou sem culpa; iii) a sanção deve ser imposta apenas ao sujeito que agiu de modo ilícito, sendo vedada sua transmissão a terceiros que não praticaram o comportamento proibido.

Conforme Binenbojm²²², a base constitucional para tal entendimento contempla tanto a cláusula do Estado de Direito Democrático, art. 1º da CF, quanto as garantias fundamentais à personalidade, intransmissibilidade e individualização, constantes do art. 5º, XLV e XLVI, CF. Osório, por exemplo, leciona no mesmo sentido, com ênfase à pessoa humana²²³:

Entende-se que o princípio da responsabilidade subjetiva encontra ressonância na Carta Magna de 1988. Chegamos a aduzir, em torno deste tema, o seguinte: “Percebe-se, na Carta Constitucional de 1988, os princípios de personalidade e da individualização da pena, ambos inscritos como direitos fundamentais da pessoa humana, disso derivando, por evidente, vedação absoluta a qualquer pretensão estatal de responsabilidade penal objetiva e também responsabilidade que atinge direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, outras modalidades de atividades sancionadoras. Não há dúvidas de que, em alguma medida, a exigência de culpabilidade impede que pessoas sejam responsabilizadas com sanções que atingem seus direitos políticos, suas liberdades públicas, de forma meramente objetiva. Nesse sentido, culpabilidade é um princípio amplamente limitador do poder punitivo estatal, aparecendo como exigência de responsabilidade subjetiva. (...) Ao consagrar necessária responsabilidade subjetiva para o Direito das responsabilidades derivadas de ações ou omissões de agentes públicos, o constituinte sinaliza tendência à responsabilidade por culpabilidade no Direito Sancionador. Estes passos, assim dados, no contexto do sistema sancionador, indicam a configuração constitucional da culpabilidade, combinando-se os dispositivos constitucionais que disciplinam os direitos fundamentais dos acusados em geral, porquanto é agregado valor e adicionada densidade à responsabilidade subjetiva, que assume status mais elevado no campo do Direito Punitivo.

Nobre Jr. também soma à doutrina²²⁴:

O postulado acima impõe, a fim de que possa ter lugar a responsabilização administrativa, a ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente da infração. Afasta, portanto, a responsabilidade objetiva. Deriva da individualização da pena (art. 52, XLVI, CF), de observância irretorquível pela jurisdição criminal, a forçar o seu aplicador a perscrutar o grau de culpa do autor da falta. Esse entendimento influenciou

²²² BINENBOJM Gustavo. **O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal**. In JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.). **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. São Paulo: RT, 2014. p. 16.

²²³ OSÓRIO, *op. cit.*, p. 71.

²²⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 219, págs. 127-151, 2000, p. 139

a nossa doutrina. Tal ocorreu na busca do sentido da expressão "independe da intenção do agente ou do responsável", contida no texto do art. 136 do Código Tributário Nacional, a qual faz supor o caráter objetivo das infrações fiscais. Em substancioso estudo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, após referenciar a posição da maioria da doutrina, na qual se incluíam as opiniões de FÁBIO FANUCCHI, ALBERTO XAVIER, HECTOR VILLEGAS e GERALDO ATALIBA, rematou que o aludido dispositivo não dispensava a culpabilidade como elementar do ilícito tributário. Apenas excluía a necessidade da presença de dolo, consagrando apenas a imprescindibilidade de culpa.

Ana Carolina de Oliveira²²⁵, em comentários ao Direito de intervenção, menciona decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pela manutenção da estrutura das infrações administrativas como condutas típicas, antijurídicas e culpáveis. Indo além, a autora cita entre os princípios elementares da atividade sancionatória, de radicação constitucional, a culpabilidade – aqui lastreada na exigência de elemento subjetivo.

Cumprida a ressalva, conforme já apontado por Oliveira e Aragão²²⁶, de que Celso Antônio Bandeira de Mello alterou seu entendimento com o passar do tempo, filiando-se à doutrina de Ferreira, que defende a mera voluntariedade como elemento subjetivo mínimo para estabelecimento da responsabilidade administrativa.

Nessa doutrina, Ferreira classifica as infrações e as sanções entre “objetivas” e “subjetivas”. As primeiras não admitem nenhuma gradação *in concreto*, pois estão pré-fixadas, como as infrações administrativas de trânsito e tributárias. As segundas serão avaliadas e fixadas segundo sua reprovabilidade como causa de justificação e de medida da sanção – como é o caso das infrações administrativas à ordem econômica. A ideia da mera voluntariedade está ligada às infrações objetivas²²⁷, enquanto as infrações subjetivas ainda demandam um comportamento culposos²²⁸, com destaque ao papel das causas de justificação, ou excludentes de ilicitude e culpabilidade, que distanciam ambas as situações da responsabilidade objetiva.

²²⁵ OLIVEIRA, *op.cit.*, p.134.

²²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1224.

²²⁷ “Nesse contexto, ainda faz sentido e se mostra útil manter a classificação das infrações em objetivas ou subjetivas, a partir da constatação de ter existido, no mínimo, para o suposto infrator, ‘a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência da infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas’, e é nisso que reside, enfim, a mera voluntariedade”. (FERREIRA, Daniel. Reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. (Coord.) **Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 95).

²²⁸ “A admissão da categoria de infrações objetivas (por mera voluntariedade) não equivale a aceitar qualquer hipótese de sancionamento administrativo sem que o infrator tenha se comportado de forma culposa. No livro *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988* buscou-se deixar isso bem evidenciado, a ponto de se apontar a reprovabilidade da conduta (típica e antijurídica) como medida da sanção administrativa subjetiva aplicável no caso concreto, ainda mais quando simultaneamente tratar-se de sanção pessoal (que recai sobre a pessoa do infrator), como ocorre com as infrações disciplinares. (FERREIRA, Daniel. Reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. (Coord.)

Conforme se justifica adiante, o presente trabalho assume que o princípio da culpabilidade influi de forma matizada no campo administrativo sancionador, devendo sua exigência ser modulada segundo seus fundamentos constitucionais. Além disso, importante ter em mente que a adequação desse princípio possui nuances específicas no influxo sobre a responsabilidade de pessoas físicas ou jurídicas. É nesta tarefa que os estudos da culpabilidade penal oferecem conjunto ferramental útil, conforme explicitado pela doutrina espanhola e colombiana, diante da manutenção da fundamentação da sanção punitiva.

3.1.7 Culpa e culpabilidade

Conforme lecionam Junqueira e Vanzolini, o princípio da culpabilidade pode ser observado sob três prismas, o primeiro como vedação à responsabilidade objetiva, o segundo como reprovabilidade pela possibilidade de conduta diversa e o terceiro como fundamento e limite da pena²²⁹. Até o estabelecimento de tais premissas, as teorias do delito impuseram distintas modulações ao princípio da culpabilidade, das quais se destacam (i) a separação entre a culpa tradicional (fator psicológico) em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia) e a culpabilidade e (ii) a transposição da culpa de um elemento lógico do delito, a culpabilidade, para outro, o tipo.

Conforme leciona a doutrina penal, aqui ilustrada por Junqueira e Vanzolini²³⁰, a teoria clássica sugeria que todos os elementos psicológicos integravam a culpabilidade, como face interna do crime. Na teoria neoclássica, a culpabilidade passa a ter um caráter psicológico-normativo, ganhando a noção de reprovabilidade, mas a culpabilidade ainda contemplava os aspectos psicológicos da culpa. Foi na teoria finalista que a estruturação lógica dos delitos passou a alocar a culpa no tipo, a partir do conceito ôntico-ontológico de conduta, que deslocou o elemento subjetivo-psicológico. A culpabilidade passou, então, a ser observada segundo outros critérios normativos²³¹, alteração que permaneceu na teoria funcionalista, adicionada a necessidade da pena.

Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p.95).

²²⁹ JUNQUEIRA, *op. cit.*, p. 26.

²³⁰ JUNQUEIRA, *op. cit.*, p. 56

²³¹ “A contribuição mais marcante do finalismo, aliás, que já havia sido iniciada pelo neokantismo, foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo assim uma concepção **puramente normativa**.” (BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 597).

Esse paradigma é relevante, por diversas razões, acompanhados de Bittencourt²³² e Santos²³³, explicam Junqueira e Vanzolini:

Construído sobre o alicerce de um conceito finalista de conduta, todo o restante do edifício dogmático reorganizou-se, a começar pelo tipo. Se o tipo é o reflexo normativo da conduta, então o tipo teve necessariamente que ganhar também uma nova dimensão. O dolo (como elemento subjetivo) e a culpa em sentido estrito (como elemento normativo) deslocam-se da culpabilidade e passam a compor a tipicidade. Significa que os tipos dolosos passam a compor-se, sempre, de um tipo objetivo e de um tipo subjetivo. O dolo, agora dolo do tipo, no entanto, é puramente psicológico, visto que o conhecimento da ilicitude dele se destaca e continua a compor a culpabilidade. As consequências são inúmeras, mas as principais são que, com o dolo situado no tipo, resolve-se o problema da tentativa. Além disso, a separação entre dolo e conhecimento da ilicitude provoca a distinção entre erro de tipo e erro de proibição (excludente de culpabilidade).

Como resultado, a culpabilidade e culpa enquanto elemento subjetivo do tipo (ou tipo subjetivo), não se confundem. A culpabilidade normativa passa a englobar imputabilidade, consciência potencial de ilicitude (ou antijuridicidade, que fundamenta a exigibilidade de conduta conforme ao direito, comumente observada sob o viés negativo, a inexigibilidade de conduta diversa) e existência de causas de exculpação.

Nessa linha, Bittencourt explica que a teoria finalista coloca a ação como base do sistema penal, configurando a antijuridicidade em uma relação entre ação e o ordenamento jurídico, uma incompatibilidade entre a realização da vontade e os comandos da ordem jurídica. Por sua vez, culpabilidade é, nas palavras do autor, “o poder agir de outro modo”, como a

²³² “Como se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o tipo penal, retirando-os de sua tradicional localização, a culpabilidade, com o que a finalidade é levada ao centro do injusto. Como consequência, na culpabilidade concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação repousa no próprio injusto”. (BITTENCOURT, *op cit.*, p.1001).

²³³ “O juízo de reprovação de culpabilidade tem por objeto a realização não justificada do tipo de injusto e por fundamento (a) a imputabilidade, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a saber o que faz excluída em hipótese de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes, (b) a consciência da antijuridicidade, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que faz excluída ou reduzida em casos de erro de proibição e (c) a exigibilidade de conduta diversa, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e indicação de que o autor tinha o poder de não fazer o que fez excluído ou reduzido nas situações de exculpação. O conceito de culpabilidade como juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não-justificada de um crime, fundado na imputabilidade como capacidade penal geral do autor, na consciência da antijuridicidade como conhecimento real ou possível do injusto concreto do fato e na exigibilidade de conduta diversa determinada pela normalidade das circunstâncias do fato, parece constituir a expressão contemporânea dominante do conceito normativo de culpabilidade: um juízo de reprovação sobre o sujeito (quem é reprovado), que tem por objeto a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por fundamento (a) a capacidade geral de saber o que faz (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito saber realmente o que faz e (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o poder de não fazer o que faz (porque é reprovado)”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 199)

representação da vontade antijurídica do agente. É dessa estrutura que surge o fundamento da reprovação pessoal²³⁴.

Essa separação entre culpa e culpabilidade e todas as consequências dessa estruturação são úteis na adequação do princípio ao campo administrativo, especialmente ao concorrencial, na medida em que cada enfoque da culpabilidade se ancora em fundamentação constitucional distinta. A vedação à responsabilidade objetiva possui supedâneo em dois pilares.

A uma, na necessidade de verificação do elemento psicológico que carrega o desvalor ou reprovabilidade subjetivos do ilícito – aspecto que só faz sentido diante da figura humana. Daí a dizer que a exigência de elemento subjetivo (culpa em sentido amplo), como fator psicológico e elemento da tipicidade do delito, fundamenta-se na dignidade humana.

A duas, os enfoques de reprovabilidade e fundamentação, que possuem sustentação mais ampla, calcada também na adequação que coroa os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Com efeito, a culpabilidade objetiva está umbilicalmente ligada a outros aspectos estruturais do Estado Democrático, aparato voltado à vedação do arbítrio.

Portanto, ainda que se tratando de pessoas jurídicas, não é possível afastar por completo o princípio da culpabilidade, justamente por seus plurais dimensões e lastros constitucionais. É essencial que se proponha uma adequação desse princípio levando-se em conta suas distintas projeções: elemento subjetivo do tipo, elemento objetivo do delito e limite da aplicação da sanção. Considerando os limites propostos no presente estudo, não se aprofundará na terceira dimensão da culpabilidade (limite de aplicação da sanção)²³⁵, haja vista que se projeta sobre a medida da punição, não na caracterização da infração.

Quanto aos dois primeiros aspectos, rememore-se as lições trazidas supra no sentido da não confusão entre as teorias de relativização ou presunção de culpa e a responsabilidade objetiva²³⁶. As teorias construídas no sentido de presumir-se a culpa, em maior ou menor medida, mantêm a estrutura da caracterização da infração, ainda que reduzindo o padrão probatório de parte de seus elementos, ou até invertendo o ônus da prova ao administrado. Contudo, não chegam ao extremo de afastar por completo a necessidade de sua verificação.

Isso fica evidente diante da relação existente entre a culpabilidade e a finalidade da atuação repressiva, marcada pelo juízo de reprovação de uma determinada conduta²³⁷:

²³⁴ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 1002.

²³⁵ Nesse esteio, cumpre breve referência à lição de Nieto ao abordar a culpabilidade enquanto modal de graduação da sanção na responsabilidade objetiva. (NIETO, *op. cit.*, p. 404).

²³⁶ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 1494, FERREIRA *et. al.*, *op. cit.*, 54, VENOSA *op. cit.*, p. 442, NIETO, *op. cit.*, p. 385, MERLANO SIERRA, *op. cit.*, p. 354.

²³⁷ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 1022.

A intenção, à evidência, era criar um conceito de culpabilidade como juízo de valor. (...) chegou-se à consideração, mais ou menos unânime, entendendo a culpabilidade como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido.

Por isso, conforme se aborda adiante, mostra-se adequado buscar uma teoria de culpabilidade que mantenha a estrutura da infração conectada à noção de reprovabilidade, mantendo assim suporte constitucional. Isto é, em detrimento de uma responsabilidade objetiva (que afasta tanto o elemento subjetivo do tipo, quanto o elemento objetivo do delito), beneficia-se a busca por uma teoria de culpa normativa, que presume em certa medida o elemento subjetivo, sem, contudo, afastar o elemento objetivo do delito que fundamenta sua reprovabilidade, algo ainda mais relevante em delitos de perigo (em que não haverá dano objetivamente verificado).

A noção se aproxima da classificação de Nieto quanto às teorias de *culpa in vigilando*²³⁸, questão é especialmente relevante no campo antitruste²³⁹, conforme didática formulação de Frazão²⁴⁰:

Um ponto no qual se observa a ampla convergência dos modelos diz respeito à concepção de culpa sob o viés objetivo ou normativo, ou seja, como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente. Tal fenômeno de ‘objetivação’ ou ‘normatização’ da culpa ocorreu mesmo na França, motivo pelo qual se pode afirmar, que, na atualidade, é uma tendência geral do direito ocidental a de avaliação da culpa a partir de um critério abstrato de diligência. Logo, a análise da reprovabilidade da conduta desloca-se dos parâmetros de previsibilidade, cognoscibilidade e evitabilidade para a própria omissão do comportamento devido, juízo para o qual interferirão a probabilidade e a gravidade do dano, bem como os custos para preveni-lo. Obviamente, tal abordagem não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois a chamada ‘culpa normativa’ continua vinculada ao pressuposto da ilicitude ou da reprovabilidade do ato; o que muda é o parâmetro para a aferição da ilicitude, que busca sair do ‘psicologismo’, em busca da averiguação dos padrões de conduta socialmente exigíveis dos agentes, ainda que em face de suas circunstâncias específicas. Isso facilita a questão da prova da culpa pois, como ensina Massimo Bianca (1994, p.581), a reprovabilidade da conduta deixa de depender de aspectos psicológicos complexos, passando a ser constatada a partir do cotejo da conduta observada com padrões objetivos.

O conceito de culpa normativa já foi objeto de estudo do direito penal, junto de outras teorias notadamente voltadas à responsabilidade de pessoas jurídicas. Quanto às críticas, se

²³⁸ NIETO, *op. cit.*, p. 442.

²³⁹ FRAZÃO, em outra obra, procede à mesma reflexão para a legislação concorrencial e anticorrupção: “No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, essa preocupação é essencial, diante da necessária exigência de reprovabilidade como pressuposto de aplicação da sanção. Logo, ao contrário do que preveem as Leis Anticorrupção e Antitruste, a responsabilidade objetiva não é adequada para justificar punições de agentes Econômicos”. (FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: FD/UnB, 2017, p. 8)

²⁴⁰ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 263.

destaca Greco, que entende serem incompatíveis a culpabilidade e penalização (em sentido estrito) de pessoas jurídicas²⁴¹. O autor obstaculiza cada uma das teorias de culpabilidade, alegando esvaziamento do conceito, equivalendo-o à responsabilidade objetiva.²⁴²

Quanto à culpa normativa, o alerta se volta ao deslocamento da culpa, enquanto elemento fundamental do ilícito, do fato jurídico à mente do exegeta²⁴³:

[...] culpabilidade é algo que o próprio indivíduo culpável traz para si. Alguém se faz culpável por um comportamento errôneo (ou, de forma ainda mais neutra, por uma falha). A culpabilidade é, nesse sentido, personalíssima (höchstpersönlich): não é possível tornar-se culpável, que não por seu próprio comportamento; A não pode fazer de B uma pessoa culpável. Assim, quando se afirma que a culpabilidade, ao perder a sua natureza de conceito psicológico para tornar-se um conceito normativo, não estaria mais na cabeça do autor, senão na cabeça do juiz [...].

A crítica é de alto valor, em especial sob o enfoque do direito concorrencial, na medida em que, como se verá, o arcabouço normativo padece de alta vulnerabilidade hermenêutica, com tipos abertos e de perigo concreto. Contudo, aqui se lê tais considerações com as devidas parcimônia e adequação diante da observação do campo administrativo. Primeiro, pelo fundamento de direito penal sobre o qual leciona o autor²⁴⁴; segundo, pelo conceito de *pena* eleito, restrito a limites de direitos inatos, incompatíveis com as pessoas jurídicas, que só teriam direitos adquiridos.

Terceiro, pois não se vislumbra vício de legitimidade da culpabilidade em abstrato de pessoas jurídicas no campo administrativo sancionador. O Direito positivo goza de vasta previsão normativa legitimadora da responsabilização civil, administrativa e não-penal desses entes coletivos, sendo a possibilidade de imputação sancionatória de calço constitucional, vide art. 225, §3º, da Constituição.

²⁴¹ A “culpabilidade” das pessoas jurídicas é culpabilidade imputada, e culpabilidade imputada não é culpabilidade. (GRECO, *op. cit.*, p. 65).

²⁴² Tais conceitos vazios de culpabilidade – por ex. o chamado conceito social de culpabilidade, segundo o qual o juízo de culpabilidade não se dirige ao indivíduo concreto, senão a um indivíduo médio construído pela ordem jurídica, ou o conceito funcional de culpabilidade, que entende a culpabilidade como um derivado da prevenção geral, ou o recente conceito positivista defendido por Herzberg, para o qual a culpabilidade significa apenas a ausência de exculpantes legalmente preestabelecidas – não teriam, de fato, qualquer problema com a penalização de pessoas jurídicas. Esses posicionamentos tampouco teriam, no entanto, algum problema com a “strict liability” do common law, isto é, com uma responsabilidade penal sem dolo ou culpa, ou com a punição de crianças ou animais. Com isso, torna-se claro também que tal conceito de culpabilidade só conserva da culpabilidade o nome; ele se deixa reduzir ad absurdum. (GRECO, *op. cit.*, p. 58).

²⁴³ GRECO, *op. cit.*, p. 59.

²⁴⁴ Citando Savigny: “O direito penal tem como objeto o homem natural, como uma essência pensante, volitiva e sensitiva. A pessoa jurídica não é, entretanto, uma tal essência, senão apenas um ser titular de patrimônio; está, por isso, totalmente fora do direito penal”. (GRECO, *op. cit.*, p. 64.)

No campo infraconstitucional, ainda que com resistência²⁴⁵, encontram-se diversos diplomas versando sobre responsabilidade sancionatória administrativa e não-penal de pessoas jurídicas, a exemplo das Leis de defesa da concorrência, anticorrupção (12.846/13), de licitações (14.133/21), do mercado de capitais (6.385/76), sistema financeiro (4.595/64), improbidade administrativa (8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/2021), entre outras.

Daí resulta a necessidade de uma adequação do princípio da culpabilidade, no bojo administrativo, para as pessoas jurídicas. Neste diapasão, cumpre observar a pessoa jurídica não sob esse enfoque personalíssimo do direito penal. Há condutas empresariais que não dependem de um comportamento humano específico para que se configurem, senão de um conjunto significativamente complexo de comportamentos, por vezes isoladamente lícitos, que conduzem a ou configuram uma *conduta típica imputável ao ente coletivo independentemente de avaliação de coautoria ou coparticipação de seus prepostos*. Por isso, como se detalhará, diferencia-se essa situação daqueles tipos ilícitos necessariamente plurissubjetivos, como cartel ou associação criminosa, ou os unissubjetivos praticados por mais de um agente.

É sabido que o Direito, criando suas realidades, ao mesmo passo que cria a figura abstrata da pessoa jurídica, cria os atos por ela praticados, ainda que por intermédio de prepostos, bem como a possibilidade de imputação à própria pessoa jurídica da responsabilidade por esses atos.

Cumpre lembrar, na passagem, que não se vislumbram distinções sintáticas entre ilícitos e sanções, sejam civis, administrativos ou penais. O comportamento contrário a um comando normativo positivado enseja a recomposição da ordem jurídica mediante uma resposta do próprio ordenamento. Além do campo lógico, faz-se pertinente apontar a relação entre a norma e a sanção no campo pragmático e linguístico, tal como anuncia Ferraz Jr.²⁴⁶:

Inicialmente, podemos dizer que sanção designa um fato empírico, socialmente desagradável, que pode ser imputado ao comportamento de um sujeito. A determinação do que é este fato empírico não é de natureza nem linguística, nem jurídica, mas psicossociológica. Trata-se de uma reação negativa contra um determinado comportamento, portanto, avaliada como um mal para quem recebe. Além de psicossociológica, sua determinação é, pois, também axiológica. Sob o ponto de vista linguístico, o fato empírico-social da sanção interessa menos. Isto porque as sanções não entram nas normas, do ângulo discursivo, como uma constatação de um estado de coisas – exemplo: para o crime de morte é prevista uma sanção de prisão’ – nem mesmo como a realização de uma ação através de uma asserção – por exemplo,

²⁴⁵ A exemplo da ADI nº 5.261 – que está sob relatoria do Ministro André Mendonça e ainda não foi julgada pela Suprema Corte –, que impugna a Lei 12.846/11 em razão da responsabilização de pessoa jurídica por conduta praticada por preposto, notadamente por responsabilidade objetiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.261. Relator: Min. André Mendonça. Brasília, DF. Data de Protocolo: 11/03/2015).

²⁴⁶ FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 23.

a ação de ameaçar ao dizer ‘está ameaçado de prisão, quem matar’, mas, sim, como a consecução de uma ação ao falar: ao dizer ‘quem matar, será preso’ desperta-se no endereçado uma expectativa, a de estar sendo ameaçado. Neste sentido, normas não são discursos indicativos que preveem uma ocorrência futura condicionada – dado tal comportamento ocorrerá uma sanção – mas sim discursos que constituem de per si uma ação: imposição de comportamentos como jurídicos (qualificação de um comportamento e estabelecimento da relação metacomplementar). A sanção, do ângulo linguístico, é, assim, ameaça de sanção; trata-se de um fato linguístico e não de um fato empírico.

É assim com o ato jurídico imputado a pessoa física ou jurídica. Não se nega, contudo, as dificuldades ao enfrentar o critério de causalidade jurídica no estabelecimento da responsabilidade sancionatória pelo ilícito cometido por essas últimas, notadamente de modo subjetivo e manter legítima a finalidade dissuasória.

Sob certa perspectiva, conforme bem apontam Nieto ²⁴⁷ e Oliveira, qualquer responsabilidade de ente coletivo seria objetiva²⁴⁸, vez que imputada por norma de atribuição – neste caso em decorrência de comportamento efetivamente praticado por outra(s) pessoa(s), que agem em sua função²⁴⁹. Para Oliveira, a funcionalidade da distinção estaria na necessidade de identificação de resposta jurídica a situações ilícitas sem a necessidade de verificação de aspectos subjetivadores para sua configuração.

O autor, em comentários à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), aborda a responsabilidade objetiva no contexto sancionatório em cotejo com as normas de atribuição, bem como sua importância na extensão da imputação de condutas humanas ilícitas às pessoas jurídicas²⁵⁰:

Haverá responsabilidade objetiva da pessoa jurídica quando o fenômeno da imputação não mais depender da prévia demonstração e comprovação do elemento subjetivo acima referido, inerente às condutas humanas que estão na base da atribuição da responsabilidade e da produção das consequências jurídicas. Nestas situações, o ordenamento jurídico legitimará consequências jurídicas, independentemente de dolo

²⁴⁷ NIETO, *op. cit.*, p. 440.

²⁴⁸ “No campo da teoria geral do direito, a divisão categorial entre responsabilidade subjetiva e objetiva é clássica. Haverá responsabilidade subjetiva quando o ordenamento jurídico estabelecer como condição para desencadear os efeitos legais da conduta ilícita a prova de elemento subjetivo inerente à conduta humana. Em outros termos, quando o sistema normativo posto exigir a demonstração e comprovação de dolo, a culpa ou mera voluntariedade na configuração da conduta humana ilícita”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *In*: DI PIETRO; MARRARA, [Coord.], *op. cit.*, p. 25)

²⁴⁹ “Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas no interesse de outrem, sendo que, este sujeito – o obrigado – para desincumbir-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a ser cargo prover. Daí, uma distinção clara entre a função e a faculdade ou o direito que alguém exercita em seu prol. Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª Ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13).

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

ou culpa, singularmente aferíveis. (...) Poder-se-á afirmar que qualquer responsabilidade de pessoa jurídica é objetiva, porque criada por norma de atribuição (enquanto fator objetivador), e não pela realidade fenomênica, no sentido de que conduta humana ilícita exsurge de ação ou omissão de seres humanos. Mas com este significado o conceito jurídico-positivo não apresentaria qualquer funcionalidade. A utilidade em consagrar a 'responsabilização objetiva' v. 'responsabilização subjetiva' de pessoas jurídicas está na identificação em norma jurídica de situações ilícitas que, no campo jurídico, desencadearão efeitos, havendo ou não incursão na prévia demonstração da prova de elementos subjetivadores no processo competente de apuração e de responsabilização [...].

Mantém-se, assim, a imputação de resposta afilativa a uma conduta antijurídica, não do ônus de suportar um dano ou um risco (já que tal distinção implica reflexo lógico-jurídico no fenômeno da imputação, como já se explicou).

Como se viu nos capítulos anteriores, encontra-se em doutrina a defesa da tese de que o centro de consciência que calça a conduta é do preposto, devendo-se a imputação à empresa passar pela imputação de seu preposto. A conduta ilícita do preposto ensejaria a resposta (por norma secundária de atribuição) ao ente coletivo que representasse. Ou seja, no esteio da estrutura lógica proposta no Capítulo 1, trata-se de sanção de pessoa jurídica por ato ilícito (culposo ou doloso) do agente que a representa.

Contudo, a responsabilidade da pessoa jurídica nessa estrutura depende da averiguação da responsabilidade subjetiva do preposto (estando o elemento subjetivo do tipo ainda lastreado aos fatores psicológicos da previsibilidade e cognoscibilidade na atuação da pessoa física). Essa estrutura não oferece ferramentas voltadas à responsabilidade subjetiva da própria pessoa jurídica, isto é, autônoma e isoladamente imputada a ela. Nesse contexto, opta-se por afastar uma concepção que prescindir de qualquer aspecto subjetivador, em benefício de uma concepção normativa desses aspectos, costurando um nexo de causalidade que prescindir tão somente da culpa psicológica.

Essa concepção se mostra adequada ao contexto da sanção administrativa a pessoas jurídicas, na medida em que mantém a norma primária associada à conduta da própria pessoa jurídica, sem que se perca de vista a finalidade dissuasória da sanção vinculada a uma conduta reprovável, bem como sem depender da responsabilização subjetiva do preposto e imputada à pessoa jurídica de forma indireta. Isto é, cria-se critério de tipicidade especificamente adequado à situação das pessoas jurídicas, que não possuem um centro de consciência psicológica tal como se propugna a um ser humano.

O esforço se justifica já que, conforme já se demonstrou, o comportamento típico, notadamente diante dos ilícitos configurados pelo abuso de poder econômico, pode ser imputado à empresa mesmo sem a delimitação específica de cada comportamento humano

levado a cabo para sua composição. Para tal fim, e de forma coerente às premissas estabelecidas, este comportamento típico imputável à empresa há de ser delimitado segundo uma lógica própria da atuação de entes coletivos.

Como se viu, parte das críticas à penalização de pessoas jurídicas se volta à ausência de um centro consciente capaz de ser afetado pela medida sancionatória – já que o direito penal comumente atrela ao elemento subjetivo os fatores psicológicos. Contudo, especialmente no contexto de infrações econômicas, tipificadas de forma aberta e com lastro em efeitos, desafia-se a concepção de prática do ilícito como de coautoria necessária entre ente coletivo e prepostos, tal como enuncia Botelho²⁵¹.

Há casos em que o ordenamento imputa a responsabilidade a ambas as pessoas naturais e jurídicas. Contudo, há também casos em que o ordenamento ignora o centro decisório do representante do ente coletivo, notadamente quando em boa-fé, imputando a este último, direta e autonomamente, o comportamento ilícito. Nesta perspectiva, mais acurado dizer que a pessoa natural apresenta, não só representa, o ente coletivo, figurando isoladamente ou em conjunto com outros como seu órgão.

O preposto, ainda que administrador, pode não estar atuando de forma dolosa ou culposa, pode estar sequer cometendo ato ilícito. A infração cometida pelo ente coletivo, em especial aquela que decorre de abuso de direito, pode se configurar com pessoas naturais, identificáveis ou não, atuando mediante atos isoladamente lícitos e de boa-fé que, em conjunto com inúmeros outros ou mesmo com condições externas de mercado, podem resultar em uma conduta típica por parte da entidade²⁵².

²⁵¹ “É certo que, em princípio, as infrações imputáveis às pessoas jurídicas só poderão ser concretizadas por pessoas físicas. No entanto, não é sempre que houver responsabilidade penal da pessoa jurídica que haverá instantaneamente responsabilidade da pessoa física que tenha externalizado a conduta. A pessoa física (um preposto), por exemplo, poderá praticar um ato em virtude de uma delegação de poderes, sem ter qualquer ideia de que seu gesto resultará em um dano ambiental que esteja tipificado como crime. Neste caso, não havendo co-autoria necessária entre esse agente individual e o ente coletivo, prevalecendo a regra do artigo 29 do Código Penal. Assim, não existindo culpa ou dolo por parte da pessoa física, não há que se falar em co-autoria. A interpretação em sentido oposto, conduziria à tese da responsabilidade penal objetiva”. (BOTELHO, Cristina Ossipe Martins. **A Culpabilidade e a Punição da Pessoa Jurídica em Delitos Ambientais: A Necessária Revisão da Dogmática Penal**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2004, p. 281).

²⁵² Neste contexto, Frazão leciona sobre o abuso de direito e a culpa: “Como se pode observar, a cláusula geral de vedação ao abuso de direito envolve uma análise simultaneamente qualitativa e quantitativa do exercício dos direitos: indaga-se sobre a compatibilidade do exercício com parâmetros como as finalidades sociais e econômicas do direito, a boa-fé e os bons costumes e sobre a utilização dos meios necessários, adequados e proporcionais para buscar tais fins, analisando se houve excesso ou falta de razoabilidade. Tais critérios são claramente aplicáveis às hipóteses de abuso de poder econômico, em que, normalmente, a livre-iniciativa é contrastada com os seus fins econômicos e sociais, notadamente os relacionados à proteção do ambiente competitivo, e também com um juízo de adequação e proporcionalidade entre os meios utilizados pelo agente diante dos fins por ele buscados. Já se viu

Daí se extraem duas necessidades. Identificar a finalidade de uma sanção administrativa aplicada em desfavor de pessoas jurídicas de forma coerente às premissas anteriormente adotadas e identificar uma teoria de imputação do nexo de causalidade que encontre acolhimento nessas mesmas premissas, isto é, que se mantenha legítima ainda que sem lastro imediato e necessário com o centro de consciência humana.

3.2 TEORIAS DE NEXO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO PARA PESSOAS JURÍDICAS

Conforme antecipado, não se adota aqui a distinção entre as restrições à liberdade ou à propriedade como forma de estabelecimento do nexo com ou sem culpa em sentido lato. Conforme sustentado, defende-se o estabelecimento de nexo de causalidade jurídica, quando em atividade punitiva, sempre por meio da responsabilidade subjetiva, ainda que, como visto, no campo administrativo sancionador a aplicabilidade do princípio da culpabilidade sofra matizes, mais intensos, aliás, na aplicação de sanções a pessoas jurídicas.

Oliveira, em didática passagem, aponta a dificuldade de construir uma forma específica de aplicação do princípio da culpabilidade a pessoas jurídicas²⁵³, do que se verifica o surgimento de teorias de infração por dever, falhar do dever de vigilância ou responsabilidade por deveres de *compliance*.

A título de ilustração, no bojo do Direito Concorrencial, políticas comerciais que fecham mercado comumente não resultam de um ato, como a assinatura de um contrato, ou da decisão estratégica de um administrador, mas de um conjunto de inúmeras decisões e comportamentos, por vezes tomados por diversos prepostos da pessoa jurídica e até de forma perene no tempo, que acabam resultando, conjuntamente, nos efeitos econômicos positivados na norma.

no Capítulo 3 que o princípio da proporcionalidade é de extrema importância no controle de estruturas, preocupação que se estende também ao controle de condutas, especialmente às infrações por efeitos. Sob essa perspectiva, até mesmo a culpa assume uma nova feição já que, no contexto da intersubjetividade dos direitos subjetivos, é perfeitamente enquadrável como negligente ou imprudente a conduta daquele que exerce o seu direito sem as cautelas necessárias para a preservação dos iguais direitos dos demais cidadãos. Logo a cláusula geral de vedação ao abuso de direito é perfeitamente compatível com a culpa no seu sentido normativo, ressaltando os deveres de prudência e diligência que todos os agentes econômicos têm para a preservação do ambiente concorrencial, especialmente quando são detentores de posição dominante.” (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 270)

²⁵³ “Mais complexo, contudo, deve ser o debate sobre o princípio de culpabilidade para as pessoas jurídicas no Direito administrativo sancionador. As contribuições doutrinárias são as mais diversas. Tiedemann defende a responsabilidade com base no defeito de organização, Schünemann apoia-se na tese de proteção dos bens jurídicos futuros, García Caveró afirma a responsabilidade para restabelecer a vigência da norma. As causas de exclusão da culpabilidade com base no erro de proibição também recebem tratamento diferenciado quando se avalia a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, e sua sistemática, já de difícil consenso no âmbito penal, encontra ainda maiores dificuldades e limitações na esfera administrativa.” (OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 137).

Neste sentido, conforme adiante, propõe-se observar empresas como polos de relações jurídicas, cujas ações resultado de um conjunto de incentivos, passando-se a conceber a responsabilidade da própria empresa resultante muitas vezes de um número indefinido de atos voltados a objetivos institucional ou difusamente definidos.

Klaus Tiedemann é sem dúvida um dos principais expoentes no estudo do tema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, adotando uma posição marcada no sentido da defesa desse sistema²⁵⁴. Seguindo em larga medida as reflexões do autor, a OCDE possui estudo ilustrativo acerca da evolução histórica dos modelos de responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, inclusive com relevante cotejo acerca da relação desses modelos com os regimes estatutário ou consuetudinário²⁵⁵. Os modelos podem ser classificados em quatro²⁵⁶, com diferentes percepções sobre a culpabilidade – principalmente no que tange à autonomia dessa culpabilidade a entes coletivos em relação à culpabilidade de pessoas naturais.

Entre as teorias de nexo de causalidade jurídica, demandando-se culpabilidade, destacam-se as teorias do defeito de organização e a responsabilidade por norma de atribuição condicionada, chamada no estrangeiro de *vicarious liability*. A primeira, conforme elucida Frazão, adapta as categorias penais clássicas à realidade da pessoa jurídica, observando-se a

²⁵⁴ “Like in the theory of evolution, in legal systems only the principles, rules and institutions that best adapt to new circumstances can survive in the long run. In these days, we see an evolution of the criminal justice systems, which began in the US and which is clearly influenced by European and international (soft) law, and which uses criminal liability of legal entities as a regulatory strategy to prevent and sanction offenses committed by corporations—and in this evolution, we are nowadays experiencing the end of the juridical dinosaur that *societas delinquere non potest*”. (TIEDEMANN, Klaus. Corporate Criminal Liability as a Third Track. In: BRODOWSKI, Dominik; PARRA, Manuel Espinoza. TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. **Regulating Corporate Criminal Liability**. Londres: Springer International Publishing Switzerland, 2014, p. 3).

²⁵⁵ “As mentioned in Section 1.1 above, corporate criminal liability arose from case law almost simultaneously in two common law countries – in England and in the United States. The early English law denied that a corporation could either commit a crime or answer for it. In the middle of the nineteenth century, this understanding started to crumble. Firstly, the idea of corporate responsibility found its expression within the framework of vicarious liability. Under this doctrine, not found in civil law countries, one person (usually an employer) is responsible for the crimes of another (his employee). (...) About one hundred years later, the development of the corporate criminal liability in English law moved from the stage of vicarious liability to the stage of direct liability. In 1944, it was confirmed in three cases that a corporation may be held liable for acts of its employees which would not certainly render liable a human employer (principal) in the same situation”. (OCDE. **Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia**. 2015, p. 18. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption/acn-liability-of-legal-persons-2015.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2023).

²⁵⁶ “As shown above, there are four basic models of corporate liability: 1) The Identification model where the liability of a legal person can be triggered only by the offence committed by its controlling officer, i.e. the person belonging to company’s top management or having representative powers; 2) The Expanded identification model where the liability of a legal person can also be triggered by management’s failure to supervise its employees (‘lack of supervision rule’); 3) The Vicarious liability model where the liability of a legal person can be triggered by an offence of any employee acting within the scope of his employment and with the intent to benefit the corporation; 4) The Organisational model where the liability of a legal person is established through deficiencies in its corporate culture”. (*Ibidem*, p. 20)

culpabilidade sob perspectiva funcional-sistemática, o que faz com que a reprovabilidade da conduta seja constatada a partir do dever de cuidado para prevenção e remédio de ilícitos. A segunda trata da norma de atribuição objetiva das condutas de administradores ou representantes da pessoa jurídica à organização, desde que atuando enquanto representantes e em seu benefício.

O referido estudo da OCDE agrega interessante ponderação sobre as críticas a cada uma das propostas originais, fornecendo esclarecedora baliza quanto às soluções desenvolvidas ao longo do tempo²⁵⁷:

The paradoxical result that one theory is too narrow to be effective while the other is too broad to be fair has induced academics and legislators to look for a third way. Two alternative approaches have appeared. First, the identification theory has been expanded so that the liability of legal person can also be triggered by the management's failure to supervise its employees. This has been the approach of international organisations. (...) The other alternative to the original, derivative doctrines is based on the belief that corporate acts and fault are not the same as acts and fault of any human being. Such theories attempt to separate corporate liability from the liability of natural persons and by defining it instead by organisational terms.

Para Frazão, o enquadramento dos programas de integridade ou conformidade, chamados de programas de *compliance*, possuem papel distintivo entre as teorias. O *compliance*²⁵⁸ seria o conjunto de ações adotadas no ambiente corporativo que reforce o cumprimento da legislação vigente, de modo *prevenir* a ocorrência de infrações ou propiciar, caso já ocorridas, o retorno imediato ao contexto de normalidade e legalidade. Se enquadrado pela legislação como excludente de ilicitude, seria atraída a teoria do defeito de organização, se enquadrado apenas como atenuante, seria atraída a teoria da *vicarious liability*. Isto porque a autora considera que tais programas possuem o condão de demonstrar o cumprimento do dever objetivo de cautela das empresas, o que afastaria sua culpabilidade.

As críticas à *vicarious liability* são pertinentes. Uma imputação automática que não tivesse por base a existência de um defeito de empresa pouco serviria diante da finalidade de uma sanção punitiva, já que nada esclarece sobre o desvalor ou reprovabilidade da conduta e perde de vista a reorientação do comportamento – daí esse apelo à noção de dever de cuidado enquanto obrigação de meio, não de resultado, e o papel do *compliance* como instrumento de demonstração de tal dever.

O entendimento aqui proposto é ligeiramente distinto e se sustenta na concepção de pessoas jurídicas como centros de relações jurídicas, já que sujeitos de direitos criados pela

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 19.

²⁵⁸ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 280.

realidade jurídica, que se comportam mediante um conjunto de incentivos – concepção que ganha corpo mais recentemente, com o crescimento justamente dos programas de *compliance*, que não se diferenciam da autorregulação ou regulação privada. No centro de qualquer política ou norma interna, notadamente nos programas de conformidade atuais, reside um racional econômico ou uma matriz de risco especificamente voltada à atividade de uma certa pessoa jurídica, construindo a partir de sua anatomia as políticas pertinentes, visando à criação de um conjunto de incentivos (ou desincentivos)²⁵⁹ aos padrões de comportamento de seus órgãos presentantes – característica que, precipuamente, lhe confere maior eficácia e eficiência²⁶⁰.

Abre-se, pois, breve parêntese para o estabelecimento de premissas quanto ao *compliance* enquanto mecanismo de autorregulação, notadamente quanto seu alcance.

3.2.1 Autorregulação e o *compliance*

Neste diapasão, o campo da autorregulação, conforme conceituação de Saddy²⁶¹, possui, no ato de normatizar internamente um ente coletivo, a finalidade de estabelecer padrões de comportamento que sejam de seu interesse. Há de se ter em mente, contudo, que a regulação privada é sempre permeada pelos interesses econômicos da entidade reguladora, de modo que não se pode presumir uma isenção de sua parte na definição de suas políticas²⁶². Muito por isso

²⁵⁹ “[...] é o mecanismo de regulação que se estabelece pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos, com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa”. (SADDY, *op. cit.*, p.116)

²⁶⁰ A primeira e, talvez, a principal vantagem da autorregulação privada é a eficácia e a eficiência que esta forma de regulação pode trazer. Por ser realizada pelos próprios agentes, a autorregulação possui como vantagem o conhecimento técnico que muitas vezes a Administração não possui, o que lhe confere a capacidade de produção de normas com maior eficácia e eficiência. Assim o é porque quem elabora as normas são pessoas capacitadas, que conhecem o objeto da regulação e a vivência do mercado. Na autorregulação privada, as normas possuem uma maior adequação às necessidades do mercado, já na regulação estatal, por mais que o ente possua a característica da permeabilidade, as normas pelo Estado editadas poderão se distanciar da realidade. O autorregulador privado, dessa forma, distintamente do regulador estatal, produz normas de conduta com um grau de detalhamento superior a este, por conseguinte, atendendo melhor as diferentes demandas do mercado. Além disso, as normas autorregulatórias podem cobrir eventuais lacunas de caráter legal e, até mesmo, substituírem essas. (SADDY, *op. cit.*, p. 132).

²⁶¹ “A autorregulação nada mais é que o estabelecimento, por meio de um documento escrito, de normas de conduta e padrões de comportamento criados por entes extraestatais ou não, cujo cumprimento foi fixado previamente como objetivo a ser seguido por aqueles que elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem a essa autorregulação (pessoa física ou pessoa(s) jurídica(s)). Trata-se, portanto, de um documento produtor de direito, à margem do Estado ou não, no qual as partes efetivamente impõem a si mesmas um elenco de comportamentos, em definitivo, de boas práticas para ditar normas que regiam sua própria atividade. É, resumidamente, a regulação exercida pelos próprios agentes aos quais se destina, realizada, portanto, por pessoas físicas ou jurídicas, ou grupo destas, que autolimitam ou cerceiam suas liberdades de escolhas futuras”. (SADDY, *op. cit.*, p.117)

²⁶² “Na autorregulação privada, também, existem dificuldades que devem ser levadas em consideração, mesmo sendo esta iniciativa vantajosa em muitos pontos²³⁷. Talvez, a principal desvantagem

é comum encontrar-se sistemas de autorregulação empresarial que se mostram eficazes para obtenção de resultado econômico, enquanto não conseguem criar os incentivos adequados à cautela quanto ao cometimento de infrações (mediante atos lícitos que configurem afinal abuso de direito ou isoladamente ilícitos). Da mesma forma, há aquelas políticas que se preocupam mais com os ilícitos comumente investigados e punidos pelo Poder Público, relegando aqueles de mais difícil identificação ou de punição costumeiramente mais branda.

Reconhecer o comportamento empresarial como um conjunto de incentivos coloca em protagonismo as influências positivas e negativas que a empresa cria para seus prepostos, muito além de seu programa de *compliance*. Isto é, a organização cria suas políticas de modo a gerar um conjunto amplo de incentivos, desde as políticas salariais, de benefícios, de bonificação, de atingimento de metas etc., até as políticas que prevejam restrições ou sanções, formas de monitoramento e fiscalização – incentivos bastante difusos que podem atuar inclusive de maneira transversal ou contraditória e que afetarão o desempenho das funções de seus colaboradores.

Facilmente se vislumbra o caso de comportamentos ilícitos adotados por prepostos diante da existência de incentivos e ausência de desincentivos criados pela organização. Neste ínterim, ganham destaque teorias de criminologia que dissecam o comportamento delituoso no contexto das organizações, abordando a influência do meio sobre o indivíduo e destacando a importância dos incentivos e consequente impacto sobre o interesse pessoal que motiva a iniciativa de cada indivíduo.

De forma notável, as clássicas teorias do triângulo da fraude, talhada por Cressey, e a teoria interacionista do desvio, de Becker. Ambas as teorias traçam um cotejo entre o elemento psicológico individual e o comportamento organizacional, corroborando a importância do conjunto apropriado de incentivos por pessoas jurídicas ao comportamento de pessoas naturais que as representam. Com destaque, colocam o conjunto de incentivos objetivamente criados pela organização como elemento indispensável do comportamento ilícito e são teorias utilizadas até os dias atuais para proposição de matrizes de risco em programas de *compliance*.

gire em torno da compatibilidade da intenção de lucro que os agentes possuem com o desempenho da atividade regulatória isenta de conflito de interesses, além do propósito de buscar os interesses públicos e a autorregulação de qualidade. A ideia de se autobeneficiar estará sempre presente na autorregulação privada, e tal prática poderá se transformar em uma falha de mercado que terá, ao final, de ser remediada pela regulação estatal”. (SADDY, *op. cit.*, p. 140).

A partir das construções sobre associação diferencial de Sutherland (proposta em 1940), Cressey propõe o triângulo da fraude (talhado em 1953)²⁶³ como modelo de explicação do comportamento fraudulento, aportando em suas bases outros elementos para além do incentivo financeiro vislumbrado pelo agente prestes a cometer um delito.

Conforme tal construção, o comportamento violador seria resultado de um processo que envolve motivação, oportunidade e racionalização²⁶⁴. A motivação pode-se dar por meio da pressão ou do incentivo ao comportamento delituoso ou suas consequências; a oportunidade é uma situação objetivamente verificável, quando as condições externas abrem espaço para o comportamento em questão; e, por fim, a racionalização seria um conjunto de reflexões do agente acerca do comportamento delituoso, que se iniciaria com uma percepção negativa e terminaria com uma percepção positiva acerca da conduta.

A teoria é até hoje revisitada e são propostos novos desdobramentos acerca de suas premissas e conclusões. Estudos recentes propõem que a interação entre esses elementos, embora devam estar todos presentes, não se dá de forma equânime e estática, mas sim de uma forma fluida, com diferentes intensidades e até sobreposições desses elementos diante de cada situação cotidiana. O resultado proposto por Schuchter e Levi²⁶⁵ é uma maior relevância da cultura corporativa sobre essa interação, alargando ainda mais o papel da organização em interferir em cada elemento da conduta violadora. Se de um lado pode-se observar a companhia enquanto vítima, que busca reduzir riscos de fraudes que atentem contra seus interesses, de outro pode-se vislumbrar a coincidência entre o interesse pessoal do agente e o racional econômico da organização, enquanto gestante de falhas estruturais, em detrimento de falhas pontuais, que resultarão no comportamento delitivo.

Outra teoria que merece comentários é a teoria interacionista de Becker (publicada em 1963)²⁶⁶, ao abordar o desvio sob o aspecto da criação e imposição de regras de comportamento. Explica o autor que a imposição de regra é por si um comportamento comissivo, que exige uma participação ativa de quem empreende sua aplicação, que o faz quando há interesse dos agentes envolvidos. A partir disso, afirma que "[a] iniciativa, gerada por interesse pessoal, armada

²⁶³ CRESSEY, Donald Ray. **Other People's Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement**. Glencoe: The Free Press, 1953.

²⁶⁴ Mais recentemente, em 2004, Wolfe e Dana Hermanson adicionam um quarto elemento à estrutura, a *capacidade*, que resultaria na proposta do Diamante da Fraude. Ambas as teorias impactam o presente trabalho da mesma maneira, de modo que as formulações, nesse contexto, serão tratadas de forma indistinta.

²⁶⁵ SCHUCHTER, Alexander; LEVI, Michael. **The Fraud Triangle Revisited**. Security Journal advance online publication, 2013, DOI: 10.1057/sj..2013.1.

²⁶⁶ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

com publicidade e condicionada pelo caráter da organização, é portanto a variável-chave na imposição da regra"²⁶⁷, daí a importância da cultura empresarial.

Na teoria, menciona-se como requisito o interesse pessoal como estímulo à tomada de iniciativa, mormente para publicização do desvio de conduta e início de uma pretensão sancionatória. Como conclusão, propõe uma visão que chama de "interacionista"²⁶⁸, a partir da qual os desvios podem ser observados sempre sob um aspecto coletivo, entendendo como parte do comportamento desviante um processo dinâmico no qual o resultado (desvio) é alcançado a partir de um conjunto complexo de ações coletivas que acabam por permitir ou favorecer o comportamento desviante.

No cenário empresarial, também é possível identificar, como na proposta de Cressey, uma perspectiva em que há o interesse direto da organização em prevenir determinados comportamentos (portanto, contrários aos seus interesses comerciais), e outra na qual há entre administradores e colaboradores a percepção de uma vantagem em permitir que outro cometa certas infrações sem reagir. Assim, o autor no cenário das organizações econômicas, a interação se daria entre o desvio e um comportamento de cooperação ativa da organização por meio da hierarquia.

Importante notar que a pesquisa de Becker fornece supedâneo especial ao comportamento empresarial e também à gênese da função dissuasória da sanção, ao ligá-la sempre a um viés preventivo de impacto na cultura de uma determinada organização, social ou empresarial, que impactará justamente os aspectos coletivos do comportamento delituoso.

Nesse sentido, vale retomar as lições de Tiedemann acerca da responsabilidade empresarial, em comentários sobre a apenas aparente dicotomia entre a perspectiva da responsabilidade individual e a coletiva²⁶⁹:

Besides this legal and political reasoning, psychology has shown that there indeed is a strong relation between a "corrupt corporate culture" and to crimes such as corruption being committed by employees. This may serve as empirical evidence for the need of actively shaping a compliant "corporate culture", which may be encouraged by the state by the threat of corporate criminal liability—and by the "carrot" of honoring effective compliance programs. However, other empiric research has shown that punishment against corporations is lower than against individuals; and economists warn that decision-making processes in (top) management may not be adequately influenced by a corporate liability, but only by an effective individual liability. In our opinion, though, this does not speak against introducing corporate criminal liability. Instead, it should serve as a warning to consider corporate criminal liability as an addition to individual criminal liability, but not as a replacement.

²⁶⁷ BECKER, *op.cit.*, p. 161.

²⁶⁸ BECKER, *op.cit.*, págs. 183-207.

²⁶⁹ TIEDEMANN *In* BRODOWSKI; PARRA; TIEDEMANN; VOGEL, *op.cit.*, p. 3.

Ainda que a criminologia se ocupe de investigar o desvio marcadamente sob a percepção do indivíduo infrator, diversas das premissas adotadas são úteis à compreensão do comportamento infrativo resultante de múltiplos comportamentos lícitos. Essa conduta típica é também resultante de um conjunto de incentivos, ainda que não de índole ética, mas técnica ou comercial²⁷⁰. Tais incentivos servirão como múltiplos vetores e terão, na atuação de prepostos em função da empresa, um vetor resultante que operará sobre o representante ou representantes.

A questão que se propõe é a extrapolação dessas premissas para um cenário além da fraude cometida individualmente, em um comportamento transgressor por cada integrante de uma organização. No caso das infrações à ordem econômica, há de se conceber os incentivos corporativos incidentes sobre o interesse pessoal também no comportamento isoladamente conforme às regras, internas ou externas. A relação chave dessa extrapolação se dá entre o interesse pessoal e o racional econômico da empresa, objetivamente verificável.

A criação de um interesse pessoal empurra o colaborador ao desempenho das funções que cumprem os objetivos da organização, podendo-se tratar de um comportamento não desviante do indivíduo.

Em outras palavras, esse conjunto de incentivos criado pela organização por meio de suas políticas e normas refletirá no âmbito psicológico de seus prepostos e afetará seu comportamento individual por meio de um conjunto complexo de estímulos, sobre o qual a companhia deve ter a devida cautela e extrapola o programa de *compliance* – razão pela qual este não possui envergadura para, sozinho, demonstrar a devida cautela da empresa, ainda que deva servir de importante atenuante.

Conforme elucida Saddy, aliás, nem seria possível que a autorregulação privada pudesse afastar por completo a regulação estatal. Ante as três alternativas levantadas, a mais privatizante – que já se poderia questionar – defende aplicação subsidiária. Na última hipótese, o Estado agirá quando a autorregulação já falhou²⁷¹:

A autorregulação pode ser realizada de três formas: (I) como atividade complementar à regulação estatal, utilizando-se de normas interpretativas ou reforçadoras desta forma de regulação; (II) de forma suplementar, regulando aquilo que ainda não foi regulado pelo Estado ou o que foi de forma insuficiente; ou (III) de forma autônoma,

²⁷⁰ Aqui, destaque-se o exemplo trazido por Becker acerca da oficina mecânica, no qual os funcionários eram pagos por peça e com frequência só podiam conseguir uma remuneração adequada trabalhando às pressas e transgredindo regras. Curiosamente, descreve o fenômeno como um "cartel da oficina", junto a seus trabalhadores, que colaborava com a transgressão ao não efetivar um sistema que impedisse a manutenção desse comportamento, seja por não haver canais adequados para publicizar os problemas, seja por criar interesses pessoais dos encarregados de criação, fiscalização e imposição, cada função muitas vezes exercida por pessoas diferentes, das regras em não fazê-lo. (BECKER, *op.cit.*, p. 161).

²⁷¹ SADDY, *op. cit.*, p. 151

em que a regulação estatal possuiria um papel subsidiário ou supletivo em relação à autorregulação privada. A compatibilidade de tais técnicas é total, e assim demonstra o reiterado e recente impulso que os legisladores vêm prestando às técnicas de autorregulação privada. (...) Trata-se, portanto, de um fenômeno complementar ou suplementar ou autônomo do privado em relação ao público, mas este não renuncia o exercício do seu controle sobre o privado, contudo aceita a colaboração deste na regulação da sociedade e, principalmente, dos mercados.

Diante de uma falha na autorregulação que resulte na conduta empresarial típica descrita em lei (como se verá, a depender do tipo), nasce a culpa normativa e, pois, o comportamento ilícito da empresa. A ausência de uma autorregulação eficaz que resulte na violação da ordem jurídica enseja sua recomposição, de modo a equilibrar o conjunto de incentivos e direcionar o comportamento comercial do agente econômico ao encontro de sua função social. O fim é que a empresa sancionada se veja motivada a revisar e aprimorar suas políticas institucionais, para além dos programas de *compliance*, de modo a criar o conjunto de incentivos necessários à prevenção ou redução do risco de ocorrência dessas condutas.

Enfatiza-se que essa perspectiva institucional²⁷² inclui na equação um complexo ecossistema, de modo que esses incentivos internos estão em constante interação com incentivos externos²⁷³, os quais, alerta a doutrina, também devem ser considerados pela Autoridade Pública na ponderação sobre a potestade punitiva²⁷⁴, colocando em perspectiva a finalidade da punição (inclusive em relação à natureza e dosimetria da sanção²⁷⁵).

Portanto, compreender-se a atuação de uma organização como conjunto de incentivos abre espaço para identificação de sua responsabilidade no estabelecimento de políticas e normas

²⁷² “Dessa maneira, caso se queira realmente atacar a corrupção e os ilícitos antitruste, o primeiro passo é tentar fazer um diagnóstico preciso de que instituições estruturam o mercado e de como, a partir delas, se estabelecem as relações entre os agentes econômicos, inclusive no que diz respeito à importância dos laços ou das conexões políticas. A partir daí, há que se avançar nas três frentes já mencionadas – estrutura, autorregulação e cooperação –, diante de sua capacidade efetiva de mudar as instituições do mercado”. (FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: FD/UnB, 2017, p. 14)

²⁷³ “Por outro lado, há que se entender que os mercados não são espaços espontâneos ou naturais, mas sim espaços sociais e políticos, criados e conformados por instituições. Estas, por sua vez, constituem as regras do jogo, compostas não apenas pelo direito, mas também por normas sociais, culturais e valores. Como bem apontam Akerlof e Shiller, apesar de o princípio da mão invisível, que preconiza o autoequilíbrio dos mercados, ter desempenhado importante papel na história econômica, não mais se pode ignorar que as forças de mercado não existem de forma independente das instituições, especialmente do direito. Na verdade, a corrupção e os atos lesivos à concorrência são frutos de todo um arcabouço institucional que possibilita ou mesmo estimula a sua prática”. (*Ibidem*, p.10)

²⁷⁴ Para assegurar um mercado em que a rivalidade se estabeleça em razão do mérito, livre de corrupção e ilícitos anticoncorrenciais, é imperioso e urgente avançar em três frentes, que precisam ser exploradas nas searas anticorrupção e antitruste, sempre sob perspectiva de harmonia, coerência e convergência de esforços: (i) soluções estruturais, que buscam modificar a própria dinâmica competitiva dos mercados; (ii) autorregulação (*compliance*), que busca criar uma mudança da ética empresarial, criando novas “regras do jogo”; e (iii) cooperação em diversos níveis. (*Ibidem*, p. 27).

²⁷⁵ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 16.

internas, que, a fim e a cabo, terão o papel de estimular seus prepostos a atuar em seu benefício. É aqui que a autorregulação ganha protagonismo: estabelecer estímulos legais adequados à criação e aprimoramento de políticas e normas é a finalidade da norma sancionatória (como ameaça de sanção).

Portanto, se de um lado a finalidade da norma penal é atuar de forma dissuasória sobre o processo psicológico do ser humano, a finalidade da norma sancionatória administrativa aplicável a pessoas jurídicas é o efeito dissuasório sobre o conjunto de incentivos gerados por suas políticas e normas internas – o que mantém coerência às finalidades da punição anteriormente expostas²⁷⁶.

Cumprir verificar, portanto, como se dá a aplicação das teorias de imputação sob essa perspectiva abrangente da autorregulação, da qual faz parte, sem exaurir, o *compliance*.

3.2.2 Teoria do defeito de organização e autorregulação

Retratando a celeuma, Frazão defende em ao menos duas obras, em destaque, que a teoria do defeito de organização deveria implicar considerar programas de *compliance* bem estruturados como provas de cautela por parte da empresa²⁷⁷. Considerando que o dever de cautela é dever de meio, não de resultado, e que no Brasil o *complicance* não é excludente de ilicitude do ente coletivo, seria adotada aqui a *vicarious liability*²⁷⁸, o que aproximaria a inteligência da Lei de Defesa da Concorrência do atual modelo de responsabilidade penal

²⁷⁶ Conforme COSTA: “Sua conclusão, portanto, é a de que não se pode negar um fim preventivo-integrador a sanções do direito administrativo sancionador, sob pena de concebemos a pessoa como mera máquina obediente ao direito e o direito administrativo como despreocupado com sua eficácia preventiva”. E conclui: “Portanto, concorda-se com a doutrina majoritária que aponta poderem ambas as sanções – pena e sanção administrativa – desempenhar uma função de reafirmação das normas, motivando os destinatários no sentido de sua observância”. (COSTA, *op. cit.*, p. 155).

²⁷⁷ “Por essa razão, há que se pensar na autorregulação a partir de uma perspectiva que possa impactar na própria definição de ilícito corporativo, que deveria passar a ser visto essencialmente como um defeito de organização. A ideia de defeito de organização procura superar as dificuldades da dogmática tradicional – sobretudo do Direito Penal – que procurar imputar ilícitos a pessoas jurídicas através das mesmas categorias aplicáveis às pessoas físicas, a exemplo da conduta, da culpabilidade e da capacidade penal”. (...) Sob essa perspectiva, é necessário que se reconfigure o dever de diligência de administradores e controladores de sociedades, devendo a efetividade do *compliance* ser parâmetro que afasta a responsabilidade da pessoa jurídica, sem prejuízo da responsabilidade civil objetiva pelos danos e da responsabilidade das pessoas naturais responsáveis pelos ilícitos” (FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: FD/UnB, 2017, págs.21-22)

²⁷⁸ “Não obstante todos esses problemas, a imputação automática e a *vicarious liability* são adotadas no direito punitivo de vários países. No Brasil, a Lei Antitruste não acolhe como fundamento da responsabilidade das pessoas jurídicas uma noção própria de culpabilidade, mas sim a existência de atos praticados por seus órgãos, administradores e representantes. Dessa maneira, opta claramente pela heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, a exemplo da *vicarious liability*”. (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 279)

ambiental²⁷⁹. Defende, ainda, reforço dos requisitos estipulados pela teoria por parte do STF no bojo da Lei Ambiental e a adoção desses mesmos requisitos na Lei Anticorrupção, em seu art. 2º - isto é, no condicionamento à atuação do preposto em função e benefício da empresa.

Neste contexto, afirma a autora²⁸⁰:

Nesse aspecto, a teoria dos órgãos ou a *vicarious liability*, ao preverem uma imputação automática da pessoa jurídica, independentemente dos esforços que esta tenha feito para prevenir o ilícito, acabam possibilitando a punição da pessoa jurídica por ato e culpabilidade de ‘terceiros’. Mesmo quando a pessoa jurídica age por seus administradores – hipótese em que, tecnicamente, responderia por ato próprio, de seu representante –, a culpabilidade dela seria uma mera extensão da culpabilidade do administrador. Dessa maneira, a imputação automática, na verdade, não propõe um fundamento próprio para a responsabilização penal ou administrativa das pessoas jurídicas: o fundamento é a culpabilidade da conduta dos representantes ou representantes das pessoas jurídicas, que é atribuída automaticamente a elas. Por essa razão, existem tantas dificuldades na utilização da *vicarious liability* no âmbito punitivo, o que vem propiciando um amplo debate sobre defesas e excludentes. Por outro lado, mantidos os pressupostos da imputação automática ou da *vicarious liability*, os programas de *compliance* acabam tendo importância reduzida do ponto de vista dos incentivos, porque jamais afastariam a imputação e somente poderiam ser considerados, na melhor das hipóteses, como atenuantes e/ou fatores de diminuição da pena.

Cumpra a ressalva de que os programas de *compliance* não foram expressamente citados ou considerados na Lei Concorrencial. Sob a égide da Lei anterior, foi publicada a Portaria SDE 14/2004, cujo art. 9º regulamenta a recomendação de redução das penalidades a partir das demais diretrizes de qualidade dos então chamados de “*Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI)*”. Cabe destacar, desde já, a previsão do §2º do art. 9º do diploma²⁸¹, que indica a preocupação do regulador com o estímulo ao dirigente isento, para que proceda à *identificação e revelação* da infração, podendo-se presumir a necessidade de sua cessação pelo §1º. Atualmente, o documento que traz maiores considerações nesse sentido é o Guia de

²⁷⁹ “Hodiernamente, no Brasil, por crimes ambientais, tanto pode responder a pessoa jurídica como a pessoa física, não havendo, consoante será melhor esmiuçado adiante, sendo que embora ainda predomine o entendimento da punição conjunta, considerando a exigência de que a pessoa física atue em benefício da pessoa jurídica (heterorresponsabilidade ou sistema de responsabilidade vicariante), tem-se recentemente uma mudança de interpretação jurisprudencial para inserir a autorresponsabilidade, com a construção de um sistema de responsabilidade penal próprio das empresas, havendo autonomia da responsabilidade da pessoa jurídica”. (MOURA, Evânio. **Culpabilidade, pessoa jurídica criminoso e delitos empresariais**. Revista dos Tribunais, vol. 987, 2018. P. 221).

²⁸⁰ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 279.

²⁸¹ “Art. 9º, §2º. A sugestão de redução de pena prevista no caput não será possível caso ocorra uma das seguintes hipóteses: I - a potencial ou real infração à ordem econômica tiver contado com a anuência ou a clara omissão de dirigente do depositante; ou II - a infração à ordem econômica não for comunicada à SDE, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do seu conhecimento por dirigentes do depositante”. (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. nº1, 30 nov. 2011).

Compliance do CADE, elaborado à moda de jurisdições estrangeiras – com caráter educativo e indicativo, embora não vinculativo da Autoridade.

No documento, traz-se os elementos centrais a serem considerados em um programa de *compliance* robusto e propõe-se que o CADE considere os programas como atenuantes na dosimetria, com base no art. 45, II, da Lei de Defesa da Concorrência, que se refere à boa-fé do infrator²⁸². Na prática, não há qualquer precedente do CADE em que se tenha reconhecido a existência de um programa de *compliance* como fator atenuante na dosimetria de sanções. Até o presente momento, na prática, o cabimento dos programas nos processos repressivos do CADE encontra-se restrito ao desconto garantido nas contribuições pecuniárias em casos de acordo.

Diante desse contexto, **em linha ao pensamento introduzido por Tiedemann²⁸³**, Frazão prossegue, arguindo por um sistema de autorresponsabilização da pessoa jurídica, considerando, por esta razão, superior a teoria do defeito de organização:

Por essa razão é inequívoca a superioridade da teoria do defeito de organização, que visa a superar essas dificuldades, propondo soluções que, ao mesmo tempo em que oferecem os adequados incentivos para a adoção dos programas de *compliance*, ainda procuram estruturar a responsabilidade penal e administrativa das pessoas jurídicas com base em um critério próprio. Com isso, evitam-se situações de difícil justificação, como a punição da pessoa jurídica em hipótese na qual ela fez tudo para prevenir o ilícito, identificou-o de imediato e ainda o reportou às autoridades competentes. Na verdade, a teoria do defeito de organização oferece bases mais consistentes para justificar a punição das pessoas jurídicas com base em um conceito de culpabilidade próprio.

Crítica semelhante acerca do *compliance* na legislação brasileira é feita por Zockun, mais especificamente ao comentar a regulamentação da Lei Anticorrupção²⁸⁴, colocando-se em

²⁸² “Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; (...)” (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. nº1, 30 nov. 2011).

²⁸³ “I propose to take a mixed approach as a model for criminal law reform which aims at introducing criminal liability of corporations. Within this approach, criminal liability of corporations should be introduced as a third track—a third track to punishment and to incapacitation of offenders who are incapable of contracting guilt. It should be based on a vicarious basis of attributing acts—and mens rea—of bodies and legal representatives of corporations; moreover, culpability of the bodies and legal representatives should be attributed to the corporation itself, with two notable exceptions—the awareness of (criminal) prohibitions and negligence—which are to be determined autonomously from the perspective of the corporation”. (TIEDEMANN, Klaus. **Corporate Criminal Liability as a Third Track**. In BRODOWSKI, Dominik; PARRA, Manuel Espinoza. TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. **Regulating Corporate Criminal Liability**. Londres: Springer International Publishing Switzerland, 2014. p. 17).

²⁸⁴ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013.

perspectiva os incentivos à adoção de um programa de integridade eficaz e a ferramenta consensual do diploma, o acordo de leniência²⁸⁵. Ambas as críticas colocam em perspectiva a relevância dos programas de integridade ou da autorregulação frente ao incentivo proposto pelo sistema adotado na legislação brasileira.

Concessa máxima vênia, convém, exclusivamente quanto aos aspectos do programa de *compliance*, discordar da autora. Como se descreveu, adotamos uma concepção de autorregulação mais ampla, que não se exaure nas políticas de *compliance*. Por mais importante que seja, em abstrato, e por melhor que seja sua estrutura, em concreto. Por conseguinte, entendemos que seu desenquadramento como excludente de ilicitude e consequente enquadramento como atenuante não implica afastamento necessário da teoria do defeito de organização.

Ainda que haja um bom programa de *compliance*, pode haver defeitos de organização que demandem saneamento e, diante da existência de um ilícito, a resposta estatal. Há, neste diapasão, de separar as hipóteses nas quais o ilícito não é identificado, à revelia do programa da empresa, e em que o ilícito é previamente identificado e levado ao conhecimento do Poder Público para composição.

Na primeira hipótese, a própria noção de programa bem estruturado é deveras subjetiva, como reconhece a autora²⁸⁶, e passa pela avaliação e reavaliação constante de suas normas, monitoramento e aplicação segundo a perspectiva da criação de incentivos adequados ao comportamento econômico lícito. Disto resulta que a própria aferição desse dever de cautela seria eivada de grave fragmentariedade.

Diante desse dinamismo, parece inadequado buscar a classificação de um programa por meio de um critério peremptório ou maniqueísta, sem diversas ressalvas quantitativas ou qualitativas, diante de uma falha concreta. Abrir-se-ia margem para inadequada leniência diante da impossibilidade de aferição confiável de cumprimento do dever de cautela, com potencial

²⁸⁵ “Aquele mitigação de 1 a 4% é aplicável quando você identificar que o Programa de Integridade não foi capaz de identificar todos os ilícitos, ele não é um Programa de Integridade suficientemente bem estruturado a ponto de identificar os ilícitos. Agora, se for, vamos fazer outra construção, está afastada a penalidade. Não tem penalidade alguma. Tem improbidade? Não. Tem o crime? Não. Vai ter lesão à Lei de Licitação? Não. Não tem infração! A pessoa jurídica não praticou infração. Quem foi? Pessoa física. Eu não vi um texto, um texto sequer que tivesse abordado isso, zero! Não faz sentido, o sistema não fecha. Não fecha! Ou você dá uma interpretação larga para a figura do Programa de Integridade, admitindo o afastamento da penalidade, ou senão você está jogando todo mundo a construir um ilícito para conseguir fazer um acordo de leniência e tirar vantagem disso”. (ZOCKUN, Maurício. **Controle, compliance e programas de integridade no setor de infraestrutura**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura: São Paulo, v.2, n.6, jul./set. 2018. p. 281).

²⁸⁶ “A efetividade dos programas de *compliance* dificilmente poderá ser medida objetivamente, embora possa ser avaliada de acordo com critérios gerais de governança, tais como os previstos pelo Guia do governo britânico sobre o Bribery Act ou nas US Sentencing Guidelines”. (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 281)

perda de eficácia da norma de controle por decorrência de abrandamentos de difícil objetivação frente à instabilidade do conceito de “programa de *compliance* eficaz” – problema potencial reconhecido por Frazão em outro contexto, ao tecer críticas à Medida Provisória 703/2015²⁸⁷. Em outras palavras, pode ser mais importante o incentivo normativo à constante autorrevisão e aprimoramento do programa, bem como a remediação interna de seus vícios, do que o incentivo à sua adoção.

Na segunda, essa proposta de finalidade dissuasória e nexo de causalidade jurídica conta ainda com outros elementos que as reforçam enquanto sistema de responsabilização, conforme anteriormente descrito. Além da atenuante para programas *compliance* que demonstrem a boa-fé da empresa, há mais de um tipo de mecanismo consensual que permite a manifestação espontânea do agente em caso de identificação interna de ilícitos – aqui, sim, com possibilidade de extinção da sanção diante de critérios mais objetivos do cumprimento do dever de cautela (i.e., caso de celebração de acordo de leniência).

Desse modo, o *compliance* servir de atenuante parece compatível com a teoria de defeito de organização, já que o programa não foi capaz de prevenir ou mesmo identificar a ocorrência do ilícito, cabendo ao Estado identificar esse defeito, que pode advir de diversas outras políticas internas, mesmo lícitas. Ainda, ressalte-se que o enquadramento como atenuante serve de incentivo adicional suficiente à sua adoção, além da própria sanção (como ameaça de sanção), o que converge com propostas de estímulo tanto de Saddy²⁸⁸, quanto de Frazão²⁸⁹.

Importante registrar que, pelas razões abordadas, a criação de critérios específicos para a responsabilidade de pessoas jurídicas não afasta a necessidade de atuação de prepostos em

²⁸⁷ Daí as acertadas críticas que foram feitas à Medida Provisória nº 703, quando esta buscou resolver, por meio da leniência e da adoção formal de um programa de *compliance*, o problema da imediata possibilidade de contratação com o Poder Público. Previa o diploma que a celebração do acordo de leniência, que teria como condição o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou melhoria de mecanismos internos de integridade, seria capaz de, além de garantir a isenção total de penalidades como a proibição de contratar com o poder público. Tal medida foi duramente criticada por entidades da sociedade civil e integrantes de entidades de controle, sendo retratada como forma de enfraquecer o controle e suavizar a punição da corrupção. (FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: FD/UnB, 2017, p. 19)

²⁸⁸ “Percebe-se, portanto, que autorregulação não significa ausência de norma, pelo contrário, tal incide no caráter das mesmas, na função de sua fonte de criação. A autorregulação faz, assim, referência à regulação mediante normas de produção autônoma e procedente dos Poderes Públicos. É, inclusive, este o motivo pelo qual a autorregulação é estimulada pelos Poderes Públicos, ou seja, o incremento da autorregulação privada é uma resposta às mais firmes e decididas vontades reguladoras das instâncias públicas”. (SADDY, *op. cit.*, p. 128).

²⁸⁹ Bem ilustrada na passagem referente à regulação estatal e autorregulação, p. 281: “A discussão sobre o *compliance* ainda precisa ser travada no contexto das limitações que a regulação jurídica estatal sobre os mercados apresenta na atualidade, especialmente quando baseada somente na coerção. Daí a necessidade de se buscar novos horizontes para a regulação estatal, conectando-a com o estímulo à autorregulação, tal como se viu no Capítulo 1. Por essa razão, Sieber considera o *compliance* como um processo de privatização da prevenção do delito e do controle da criminalidade através de ‘sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada’”.

função e benefício da empresa, apenas prescinde-se da identificação individual de cada presentante e, principalmente, de sua responsabilização. Tal como apontado nas referências ao STF e à Lei Anticorrupção, basta afastar a necessidade de dupla imputação ou de demonstração de coautoria, para além dessas condicionantes.

Essas são, na verdade, condicionantes lógicas extraíveis do vínculo de apresentação entre preposto e pessoa jurídica, conforme já se definiu na noção de função e na teoria orgânica proposta por Pontes de Miranda. São condições que afetam não apenas a imputação da materialidade (defeito de organização ou *vicarious liability*), mas também a imputação de autoria, na medida em que a ausência da função impede o nexo entre ação e organização. Ao atuar em nome próprio ou contra os interesses da empresa, a ação do preposto se dá por motivos alheios ao conjunto de incentivos criado pela empresa para perseguição de seus interesses. Ou seja, quebra-se o vínculo com o fato gerador ou há excludente por culpa exclusiva de terceiro. Além disso, o fato de que as condutas tenham sido tomadas em função e benefício da empresa podem ser objetivamente comprovadas sem a necessidade de identificação do preposto ou de alguns prepostos – o que mantém a pertinência da teoria da culpa normativa às pessoas jurídicas.

Neste aspecto, reforça-se concordância ao entendimento exarado por Frazão, com suporte do CADE, sobre a incompatibilidade de eventual responsabilização nestes casos e o regime administrativo sancionador²⁹⁰. Como demonstra Oliveira Junior²⁹¹, este aspecto também é reforçado pelo CADE nas dezenas de processos administrativos instaurados em conexão com a Operação Lava Jato, em que muitos deles contam o reconhecimento de participação de agentes públicos representantes da Petrobrás nos conluíus, mas em nenhum processo figura essa empresa entre os representados.

²⁹⁰“Dessa maneira, ao criar uma solidariedade entre as empresas e os seus administradores, a lei poderia estar imputando à pessoa jurídica, de forma automática, todos os atos dos seus administradores, sem fazer qualquer ressalva em relação ao benefício ou ao interesse da pessoa jurídica. Todavia, tal conclusão seria de todo incompatível com os pressupostos do Direito Administrativo Sancionador, pois não faz sentido que a pessoa jurídica seja responsabilizada, para efeitos punitivos, mesmo quando determinado agente agiu contra o interesse dela ou até mesmo dolosamente para prejudicá-la. Não é sem razão que o interesse ou benefício da pessoa jurídica tem sido considerado, acertadamente, como um pressuposto implícito de imputação pela jurisprudência do CADE” (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 279).

²⁹¹ Nesse ínterim, artigo esclarecedor traz aspectos quantitativos e qualitativos. “Em síntese, há uma relevante prevalência da possível coexistência de cartel e de corrupção, nos casos da Lava Jato que foram revelados a partir de leniências firmadas pelo CADE, já que de 15 (dezessete) acordos assinados, publicados e aqui analisados, ao menos 10 mencionam o envolvimento de agente(s) público(s) em atos ilícitos conexos à prática de cartel. Em outros 05 (cinco) casos, embora não haja menção expressa, um se refere a um período anterior à adoção de possíveis práticas de corrupção no órgão público licitante, enquanto, para outro, a investigação que tramitou na esfera criminal revelou o possível pagamento de propina a agentes públicos”. (OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A relação entre concorrência e corrupção: uma análise da operação Lava Jato no Cade**. In: Revista do IBRAC, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 247-276, 2021. p. 262).

Não se vê razão, entretanto, para afastar a teoria do defeito de empresa – que se concorda com a autora que parece a mais adequada. Vale ressaltar que a teoria também cabe para a interpretação das condutas “por objeto” no sentido de condutas “com intenção específica”, conforme pormenorizado adiante. Mesmo nesses casos, a imputação pelo defeito de organização é útil, pois mantém a tipicidade da conduta do preposto vinculada ao objeto de sua conduta e ao vínculo de função e benefício à organização – alinhado, aliás, à norma da Súmula 341 do STF²⁹², anterior à responsabilidade objetiva do Código Civil, que *presume a culpa* do empregador por ato culposo de preposto, mas afasta esse vínculo em caso de dolo, quando consubstanciado em razões pessoais, estranhas ao serviço. Em outras palavras, a teoria se presta à solução razoável de ambas as situações, cuja diferenciação residirá no elemento subjetivo exigido.

Da mesma forma, superam-se longas discussões acerca da imputabilidade individual dos prepostos, que a dogmática penal enfrenta com expressiva cautela tanto nos delitos plurissubjetivos²⁹³ quanto nos delitos unissubjetivos²⁹⁴, avaliando responsabilidades individuais a partir do concurso de pessoas.

É o clássico exemplo da doutrina penal em que há crime de roubo cometido por três indivíduos, no qual A efetivamente subtrai coisa alheia, B vigia o local e C golpeia e imobiliza a vítima. Para parte da doutrina penal, não necessariamente haverá culpabilidade de B, nem de C, cujas condutas não preenchem todos os elementos do art. 157 do Código Penal: C apenas vigiou o local (nem imobilizou a vítima, nem a golpeou ou subtraiu-lhe os valores); já B apenas imobilizou a vítima (mas não subtraiu seus valores). Para que as condutas de uns pudessem ser imputadas aos demais, que não as praticaram, seria necessário, no âmbito penal, comprovar a presença dos pressupostos legais que autorizam essa imputação recíproca na coautoria: e.g. acordo prévio e contribuição relevante.

²⁹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963.

²⁹³ “O crime plurissubjetivo é aquele que, para configurar-se, exige a presença de duas ou mais pessoas (ex.: associação criminosa, rixa, bigamia, associação para o tráfico etc.), enquanto o unissubjetivo é aquele que pode ser praticado por uma só pessoa (ex.: homicídio, roubo, estupro etc.). O plurissubjetivo, justamente porque exige mais de uma pessoa para sua configuração, não demanda a aplicação da norma de extensão do art. 29 (quem concorre para o crime incide nas suas penas), pois a presença de dois ou mais autores é garantida pelo tipo penal. Exemplificando: as três ou mais pessoas que compõem uma associação criminosa são autores do delito previsto no art. 288 do Código Penal” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 493).

²⁹⁴ “Por outro lado, quando o crime é unissubjetivo, mas, na prática, é cometido por dois ou mais agentes, utiliza-se a regra do art. 29 para tipificar todas as condutas, pois certamente cada um agiu de um modo, compondo a figura típica total. Em um roubo, como já se mencionou, é possível que um autor aponte o revólver, exercendo a grave ameaça, enquanto outro proceda à subtração. Ambos praticaram o tipo penal do art. 157 em concurso de pessoas, necessitando-se empregar a regra do art. 29” (*Ibidem*, p. 493).

Esses aspectos só serão relevantes no âmbito administrativo sancionador quando da imputação de ilicitude particularmente a cada indivíduo, sendo a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica passível de verificação anterior pela teoria do defeito de e consciência de cada agente, a conduta de vetor resultante é tomada em função e benefício da organização, resultante dos incentivos (ou ausência ou ineficácia de desincentivos) por ela promovidos e sob seu interesse, ensejando punibilidade. Em outras palavras, as relações coautoria entre os prepostos restringem-se à análise de imputação a eles, sendo a imputação à pessoa jurídica derivada de critério próprio e suficiente de autorresponsabilidade.

Por fim, vale ressaltar que todo o exposto se vê condicionado à existência de critérios de imputação inteligíveis, que promovam a correta informação normativa e ensejem os devidos incentivos – especialmente no caso concreto, há de ser bem descrita a forma sob a qual se manifestou a conduta e o nexo de causalidade com o perigo concreto que se vislumbra. Tais critérios de imputação precisam garantir segurança jurídica, conforme apontamentos de Frazão²⁹⁵:

Entretanto, a aplicação de penas aos administrados somente pode ter por pressuposto a ação reprovável, já que aqui se está impondo uma medida afliativa que apenas se justifica diante do ilícito, ou seja, do agir de forma contrária à esperada ou exigida pela lei. Por essa razão, a demonstração da reprovabilidade é fundamental para a aplicação de uma sanção. (...) Ora, por mais que se possa afastar tais considerações em relação a remédios não punitivos, como a cessação de condutas ou a restauração das condições concorrenciais, é inequívoco que elas se aplicam à seara punitiva, tanto à penal como à administrativa. Nesta, a responsabilização, mesmo da pessoa jurídica, exigirá o delineamento de critérios compatíveis e adequados para identificar e avaliar a conduta e a culpabilidade de acordo com as garantias constitucionais elementares. Tais critérios são essenciais, inclusive, para a concretização do mandamento constitucional da segurança jurídica, que proporciona aos agentes a possibilidade de orientar sua conduta por um parâmetro normativo bem estabelecido, imputando a eles, então, o dever de agir dentro de tal padrão abstrato de cuidado cuja infringência importará na responsabilização subjetiva.

Elege-se, a partir do exposto, a teoria do defeito de organização como teoria do nexo de causalidade de (auto)responsabilização subjetiva à configuração de infrações à ordem econômica a pessoas jurídicas. Estabelecidos o fundamento e critério de imputação, parte-se à descrição dos elementos que compõem as condutas proibidas pelo ordenamento.

4 A CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

²⁹⁵ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 267.

Antecipou-se brevemente a classificação dos delitos antitruste quanto à necessidade de resultado naturalístico e intensidade de lesão do bem jurídico. Na dogmática penal, trata-se de classificações distintas: quanto à necessidade de resultado naturalístico, entre delitos materiais, formais e mera conduta; e quanto à intensidade de lesão ao bem jurídico tutelado, entre delitos de dano e de perigo.

A doutrina encontra divergências na classificação. Nucci²⁹⁶ classifica os crimes em “delitos de atividade” (enquadrando delitos formais e de mera conduta) e “delitos de resultado” (ou materiais). O autor ainda ressalva a controvérsia entre separação dos delitos de atividades em formais e de mera conduta.

Para Junqueira e Vanzolini, classificação que se adotará no presente trabalho, delitos materiais e formais seriam delitos que possuem descrição de resultado naturalístico, sendo o delito material com resultado naturalístico produzido de forma externa ao tipo, colhido do plano fenomênico, e componente do elemento objetivo do tipo²⁹⁷.

O delito formal é aquele que possui resultado naturalístico internalizado na descrição da conduta típica, componente do elemento subjetivo do tipo, não sendo necessária sua verificação no plano fenomênico para tipicidade²⁹⁸. Já os delitos de mera conduta são aqueles que não possuem a descrição de um resultado naturalístico além da própria materialidade da conduta descrita, nem externo, nem interno ao tipo²⁹⁹.

²⁹⁶ NUCCI, *op. cit.* p. 240.

²⁹⁷ “Materiais: o tipo descreve um resultado (vale dizer, um evento que se destaca lógica e cronologicamente da conduta), que, portanto, passa a integrá-lo completamente, tanto no nível subjetivo quanto no nível objetivo. Ou seja, é preciso que a conduta tenha sido orientada pela vontade de alcançar o resultado (nível subjetivo) e é preciso que ele tenha sido efetivamente alcançado (nível objetivo). Há uma exata sobreposição entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo, razão pela qual os tipos materiais são chamados de “congruentes” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, *op. cit.*, p. 71).

²⁹⁸ “Formais ou de consumação antecipada: o tipo descreve um resultado. No entanto, não o coloca no nível objetivo, mas apenas no âmbito da tipicidade subjetiva. Vale dizer, o tipo descreve um resultado específico que, portanto, passa a integrá-lo. Mas não é preciso que o resultado seja efetivamente alcançado, basta que a conduta tenha sido orientada pela vontade de alcançá-lo. Por isso, os tipos formais são também chamados de tipos de consumação antecipada ou de resultado cortado. Pois, embora seja imprescindível a “vontade do resultado”, não é preciso a “realização do resultado” para a formação do fato típico. O crime já está completamente configurado apenas com a conduta (dirigida pela vontade específica de atingir determinado resultado). Dessa forma, o crime se consuma com a conduta. Neles há uma separação lógica, mas não cronológica, entre ação e resultado (Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, Manual de direito penal, p. 120), pois o resultado tipicamente relevante assume a forma simplesmente da direção da vontade que comanda a ação no momento da sua prática. A eventual ocorrência do resultado pretendido é mero exaurimento, que terá impacto sobre a dosimetria da pena, mas não sobre a composição da figura típica, ou seja, é mera consequência do crime”. (*Ibidem*, p. 71)

²⁹⁹ “Mera conduta ou de simples atividade: o tipo sequer descreve qualquer resultado, direta ou indiretamente. Isso não quer dizer que nos crimes chamados de simples atividade não se exija dano ou perigo ao bem jurídico. Significa simplesmente que neles “o supedâneo natural do dano ou lesão ao interesse que a norma tutela é a própria conduta do agente, como realidade espacial e temporal em que seu querer interno se exterioriza” (Frederico Marques, Tratado de direito penal, v. 1, p. 88). Os eventuais resultados naturais advindos da conduta, não constantes do tipo (por isso, chamados extratípicos), são catalogados como consequências do crime e importam somente para a dosimetria da pena (como dita o art. 59 do CP)” (*Ibidem*, p. 71).

Tal distinção não se confunde com o critério da intensidade de lesão, em que há os crimes de dano (necessária materialização do dano ao bem jurídico) e perigo (necessária colocação do bem jurídico em risco desaprovado juridicamente).

Conforme anotam Franceschini e Bagnoli³⁰⁰, o artigo 36 da Lei Concorrencial é estruturado por seu *caput*, que indica ilicitude pela tipicidade reconhecidamente aberta³⁰¹, por meio de atos *sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos*, enumerando tais efeitos, então, em seus incisos³⁰². Conforme explica Forgioni, o *caput* se limita a referir à noção de conduta (sob infinitas formas), que autora contrapõe ao “mero fato”, em linha às premissas eleitas no Capítulo I³⁰³.

Os incisos do artigo 36, chamados por Franceschini e Bagnoli de *infrações-fim*³⁰⁴, trazem os *objetos* ou *efeitos* que oferecem densidade à norma consubstanciada no *caput*, enquanto o parágrafo 3º e respectivos incisos trazem as condutas instrumentais ou indicativas³⁰⁵, que se mantêm abertas e são exemplificativas. Isto é, resulta a tipicidade da leitura conjunta entre *caput* e seus incisos, conforme acompanham Forgioni³⁰⁶, Pereira Neto e Casagrande³⁰⁷, Domingues³⁰⁸ e Felix³⁰⁹. sendo inclusive prescindíveis o §3º e seguintes incisos, vide Marrara³¹⁰.

³⁰⁰ FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 421.

³⁰¹ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 257.

³⁰² Conforme se lê da Lei nº 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”.

³⁰³ “Para efeitos de caracterização da infração à ordem econômica, ao se referir a ‘atos sob qualquer forma manifestados’, o art. 36, *caput*, inclui toda e qualquer conduta (ou seja, aquilo que não seja mero ‘fato’) que possa, de alguma forma, prejudicar a concorrência, sem distinção entre acordos, abusos e concentrações”. (FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª Edição. São Paulo: RT, 2015, p. 129.)

³⁰⁴ FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 474.

³⁰⁵ Conforme se lê da Lei nº 12.529/2011: “[...] §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; [...]”

³⁰⁶ FORGIONI, *op. cit.*, págs.142-143.

³⁰⁷ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 92.

³⁰⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§ 1º a 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012. p. 119.

³⁰⁹ FELIX, Natália Oliveira. Comentários aos incisos I, II, VII, VIII, XIII, XVIII do § 3º do artigo 36. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012. p.127.

³¹⁰ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas. 2015. P. 206-207.

As condutas comerciais descritas nos incisos do §3º só provocam subsunção ao *caput* na medida em que configurarem o objeto da conduta ou também se subsumirem à possibilidade dos efeitos dispostos nos seus incisos. Trata-se de enquadramentos sucessivos, cada qual com seus elementos, até a efetiva subsunção e configuração de ilicitude pela tipicidade somando *atos* e *efeitos*, bem como, conforme se demonstrará, o elemento volitivo. Nesse contexto, Salomão Filho bem ilustra a estrutura do delito antitruste em “*ato, elemento volitivo e efeito*”³¹¹.

Portanto, a tipicidade das infrações à ordem econômica se configura a partir de atos *sob qualquer forma manifestados*, desde que sejam o objetivo do agente ou estejam relacionados aos efeitos de limitar, falsear ou 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.

Cabe o registro de que parece haver um estreitamento do texto constitucional na legislação. Na Carta Magna encontra-se a demanda pela repressão ao abuso do poder econômico *que vise à* dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Já na Lei, reprime-se as condutas *que tenham por objeto* ou *possam produzir* esses efeitos. Ou seja, se na Constituição havia uma diretriz pelo critério cumulativo, na legislação optou-se por critério alternativo.

Ainda, nota-se que há dois padrões distintos consubstanciados na norma, de modo que a *possibilidade* de produzir determinados efeitos é exigência mais rasa que a efetiva produção. Se a mera possibilidade concreta de produção de efeitos já enseja punibilidade, é certo que a averiguação de efetiva produção desses efeitos é prescindível à configuração do ilícito³¹² – podendo ter sua relevância na extensão da sanção ou no ensejo de reparação do dano. Resulta que o grau de lesão aos bens jurídicos exigido pela lei concorrencial torna as infrações de perigo³¹³, não de dano (conforme premissas eleitas quanto a este conceito) – definição presente já no *caput*. Ressalve-se, desde já, que se trata de perigo concreto, conforme lecionam Pereira Neto e Casagrande³¹⁴.

³¹¹ SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, 94.

³¹² FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 467.

³¹³ FRAZÃO, *op. cit.*, p.273.

³¹⁴ Neste ponto, chama atenção a possibilidade de que uma conduta seja considerada ilícita por efeitos ainda que potenciais (...). Essa disposição normativa é importante para se evitar que a autoridade tenha que aguardar a produção de efeitos deletérios para atuar. Mas é igualmente importante que ela seja baseada em um risco iminente e concreto de impacto sobre o mercado, e não em uma mera hipótese distante de realização. De igual modo, é bastante questionável a aplicação dessa hipótese normativa a eventos cuja investigação se dá anos depois de sua ocorrência e/ou cessação, posto que em tal situação tem a autoridade condições de verificar efetivamente quais efeitos decorreram da prática. Novamente, é a conexão com a realidade que garante a robustez de uma decisão baseada em ‘efeitos potenciais’, pois, do contrário, corre-se o risco de condenações com base em avaliações puramente especulativas – algo claramente defeso em lei”. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 99)

Portanto, todos os delitos possuem resultado previsto normativamente, mas todos eles prescindem do dano e ensejam punibilidade diante do mero perigo concreto desse resultado. Daí que Marrara³¹⁵ assevera tratar-se de “*poder de polícia extremamente amplo*”, calcado em uma tipicidade de “*infrações pautadas em abrangentes conceitos jurídicos indeterminados*”. Como bem ilustra Frazão³¹⁶, essa fórmula torna desafiadora a tarefa de imputação de responsabilidade por infração à ordem econômica³¹⁷:

Como se verá a seguir, a infração antitruste apresenta três características que, quando reunidas, atribuem ao Estado uma enorme discricionariedade para a sua identificação: tipicidade aberta, inexigibilidade de produção de efeitos negativos concretos no mercado (infrações de perigo) e prescindibilidade da culpa, pelo menos em seu sentido tradicional. Cada uma dessas características isoladamente já é bastante complicada do ponto de vista da segurança jurídica do administrado, mas, ao serem somadas, resultam em combinação verdadeiramente explosiva, que, se não for muito bem controlada pela autoridade antitruste, pode tornar-se fonte de punições arbitrárias e destituídas de razoabilidade.

Nos capítulos anteriores foi demonstrado que a teoria finalista deslocou a culpa, enquanto elemento dos delitos, da culpabilidade ao tipo, criando um tipo subjetivo. Paralelamente, a estrutura dos delitos formais, ao deslocar o resultado do plano fenomênico para o interior do tipo, gera uma relação simbiótica entre o tipo subjetivo e o resultado previsto na hipótese. Em outras palavras: se o resultado está integralmente dentro do tipo, sua única forma de apuração passa, necessariamente, pelo elemento subjetivo do agente, pois é a forma segura de apurar a finalidade da conduta.

Recorrendo a alguns exemplos, o crime de extorsão (art. 158, CP), extorsão mediante sequestro (art. 159, CP) ou fraude para recebimento de valor do seguro (171, §2º, V, CP) são espécies de crimes formais. Nesses casos, a descrição do tipo contempla uma conduta a ser adotada com uma determinada finalidade. Embora seja desnecessária a concretização dessa finalidade, a consumação do delito só ocorre com a realização da conduta com a finalidade descrita.

³¹⁵ MARRARA, *op. cit.*, p. 206.

³¹⁶ FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: FD/UnB, 2017. p. 246.

³¹⁷ Em outra obra, a autora explica que essa fórmula exige maior cautela com os princípios aderentes ao Direito Administrativo Sancionador: “Faz-se necessária, ainda, a observância dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, tendo em vista que esses ramos do direito são claras manifestações do poder punitivo estatal, que é uno. A imperatividade da incidência das garantias constitucionais de limitação do poder punitivo estatal ganha substancial relevância sobretudo em razão da já comentada indeterminação do ilícito antitruste”. (*Ibidem*, p. 8)

Transportando o raciocínio ao ambiente antitruste, se a expressão “que tenham por objeto” do *caput* do art. 36 da Lei permitir uma interpretação pela formalidade da infração, estará, ao menos nessa interpretação, vinculando a consumação do delito a um fim específico perseguido pelo agente infrator. Tal reflexão não é novidade para a doutrina especializada, conforme lecionam Pereira Neto e Casagrande³¹⁸, Forgioni³¹⁹ e Ribas³²⁰:

Isto é, serão condutas se tiverem por objeto (finalidade) ou puderem produzir os efeitos ali mencionados, ainda que não sejam alcançados, independentemente de sua forma de manifestação ou de culpa. (...) A incidência da responsabilidade objetiva vem sendo aceita sem maiores debates na jurisprudência do CADE. Na doutrina, contudo, prevalece o entendimento, com o qual se concorda, de não ser possível afastar a culpabilidade por tratar-se de princípio constitucional, ao menos naquelas hipóteses em que se leva em consideração a ‘intenção’ do agente (conduta por objeto).

No CADE, o Voto do então Conselheiro Schuartz no Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33 é especialmente elucidativo. A partir da referência de Hovenkamp³²¹, analisa o texto da legislação antitruste, concluindo pela existência desses dois padrões:

Essa semelhança induz uma interpretação do art. 20 que, a meu ver, é a que mais condiz com uma aplicação da lei brasileira que esteja afinada com a teoria antitruste. De acordo com essa interpretação, o *caput* do art. 20 define o conceito de infração da ordem econômica de maneira dual: a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos. No primeiro caso, predomina o caráter intencional da busca de um efeito com a conduta; no segundo, o risco objetivo, a ela associado, de produção do efeito.

³¹⁸ “Ainda sob a vigência da Lei n. 8.884/94, o Conselho passou a considerar que as infrações à ordem econômica apresentam um caráter dual, por força da redação do *caput* do antigo art. 20 (atual art. 36). De um lado, há aquelas condutas em que se verifica a efetiva obtenção de efeitos prescritos em lei ou a ‘elevada probabilidade’ de sua realização, após a ponderação das restrições concorrenciais vis-à-vis eventuais eficiências, sob uma regra de razoabilidade, as quais seriam as infrações por efeito. De outro lado, em caráter excepcional, o CADE vem apontando que algumas condutas podem ser consideradas ilícitas em virtude de terem por fim ‘objetivamente visado’ os efeitos anticoncorrenciais previstos nesses dispositivos – i.e., seriam infrações por objeto [...]”. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 94-95)

³¹⁹ “Já o sistema da lei brasileira é híbrido, que aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que toca à tipificação dos atos. [...] No Brasil, o intérprete não precisa necessariamente lançar mão desse raciocínio, uma vez que a lei não exige que se caracterize o ato como abuso de posição dominante para que seja vedado: basta, como visto, a existência de determinados objetivos ou a produção de um dos efeitos previstos no art. 36, *caput*, da Lei 12.529, de 2011. Entre nós, não é necessário deter posição dominante para infringir a ordem econômica”. (FORGIONI, *op. cit.*, págs. 130-132)

³²⁰ RIBAS, *op. cit.*, p. 50.

³²¹ “a restraint is ‘naked’ if it is formed with the objectively intended purpose or likely effect of increasing price or decreasing output in the short run, with output measured by quantity or quality. By contrast, a restraint is ancillary if its objectively intended purpose or likely effect is lower prices or increased output”. (BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Voto do Conselheiro Schuartz, p. 1996. Data de julgamento: 26/04/2006).

O mesmo Conselheiro aprofunda tais reflexões no Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, em que discorre sobre as diferentes abordagens em cada perspectiva, entendendo que a dualidade no plano jurídico corresponde à dualidade no plano dos “*métodos de conhecimento*” utilizados para verificação da infração. Nesse contexto, acerca da conduta ilícita por seu objeto, leciona³²²:

De fato, há duas formas independentes de saber se uma conduta de um agente viola ou não a norma do art. 20. A primeira é retroceder ao tempo da conduta e questionar-se a respeito do ‘propósito’ perseguido pelo agente com a mesma. Se a resposta for que o ‘propósito’ teria sido, por exemplo, ‘prejudicar a concorrência’, então, supondo que, ao tempo da decisão, as condições objetivas eram tais que a conduta não poderia ser tratada como meio ‘absolutamente ineficaz’ para a produção de um prejuízo à concorrência, ela terá sido uma infração ao disposto no art. 20. Para este primeiro tipo, dir-se-á que o propósito do agente foi prejudicar a concorrência se, e somente se, puder ser atribuída a ele uma intenção específica de prejudicar a concorrência por intermédio da sua conduta.

De outro lado, sobre as condutas ilícitas por efeitos, o Conselheiro defende ponderar se, diante das “*condições objetivas com as quais o agente se defrontava*”, seria “*plausível esperar-se que com a conduta*” a probabilidade de produção de danos superaria a probabilidade de não produção. Tal verificação estaria condicionada a uma metodologia rigorosa acerca dos demais aspectos de mercado, i.e., a definição precisa do mercado relevante, cálculo das participações do agentes envolvidos, verificação das demais condições estruturais de mercado para a produção de um resultado prejudicial ao bem-estar social e identificação dos possíveis ganhos de eficiência resultantes da conduta.

Ainda, o Voto-Vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no bojo do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44³²³, julgado em 31 de janeiro de 2013, também ilustra essa interpretação, ainda que recorrendo, uma vez mais, ao pragmatismo de jurisdições estrangeiras regidas pelo *common law*³²⁴.

³²² Vide itens 30 a 36 do referido *decisum*, fls. 4713.

³²³ BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Relator: César Costa Alves de Mattos. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, p. 9, fls. 1699-1700. Data do Julgamento: 31/01/2013.

³²⁴ “Nesse sentido, o primeiro ponto a destacar é a redação do artigo 20, que caracteriza como infração à ordem econômica, independentemente de culpa, atos de duas naturezas distintas: (i) os que tenham por objeto quaisquer das condutas tipificadas em seus incisos, (...) e (ii) os que, mesmo não tendo tal escopo em seu próprio objeto, podem tê-lo, direta ou indiretamente, em seus efeitos. (...) Compreender o significado dessa distinção em duas grandes categorias de condutas é tarefa sobre a qual muito se tem debatido. Particularmente, tenho enorme tendência em ler a distinção à luz da já citada tradição do *common law* de distinguir os atos de restrição à concorrência em duas categorias, apartando os atos que objetivam diretamente restringi-la (que tem esse como seu propósito e objeto principal, e que quais devem merecer, portanto, tratamento mais rigoroso), daqueles que apenas indiretamente a restringem, sendo, na verdade, acessórios a um propósito de negócio independente e em princípio lícito, e guardando com este uma relação estrita de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. (*Ibidem*, p. 47, fls 1737).

Há, é verdade, certa celeuma quanto ao cabimento dessa interpretação. A doutrina questiona a possibilidade de extração da reprovabilidade da conduta na mera intenção do agente econômico. Martinez³²⁵ sustenta ser a leitura incompatível com o princípio da eficiência – que, em seu entendimento, seria alegadamente o que lhe daria suporte³²⁶.

Pereira Neto e Casagrande³²⁷ e Frazão³²⁸ entendem que é inerente ao Direito Concorrencial sua seletividade, necessariamente lastreada no perigo de lesão à ordem econômica. Bagnoli também entende que a possibilidade de efeitos é essencial à reprovabilidade da conduta³²⁹, cabendo aplicação da Lei às condutas que, por seu objeto, tenham o condão de provocar os efeitos dos incisos do *caput*. Franceschini, por sua vez, aponta que o supedâneo constitucional busca a repressão das condutas que visem e possam produzir efeitos³³⁰, servindo não de diretriz, mas de limitação à envergadura da Lei.

³²⁵ Vale destacar a crítica de Martinez, no esteio do princípio da eficiência, posteriormente dialogando com o princípio da bagatela e o conceito de delito impossível: “Entendemos que a redação da lei foi infeliz ao possibilitar interpretação que permite sanção para atos cujas partes tiveram por intenção produzir efeitos anticompetitivos, ainda que não estivessem em posição objetiva de fazê-lo. Entendemos que, ainda que os entes envolvidos visassem produzir efeitos anticompetitivos, mas objetivamente não estivessem em posição de alcança-los, o ato não deveria estar sujeito ao crivo do CADE, uma vez que não há que se falar em efeitos, ainda que potenciais, no mercado.” (MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013, p. 135)

³²⁶ Aliás, delitos formais no campo administrativo sancionador já recebiam esse tipo de crítica desde Nieto. Além da eficiência, Nieto também alerta que, embora a formalidade de certos ilícitos possa trazer maior segurança jurídica, essa segurança se estabelece às custas do cidadão (NIETO, *op. cit.*, págs. 401-402).

³²⁷ “A técnica legislativa adotada no País envolve (i) a delimitação de efeitos de condutas empresariais que, se verificados, qualificarão a referida conduta como uma infração (art. 36, *caput* e incisos); e (ii) uma lista exemplificativa de condutas empresariais que podem (ou não) gerar tais efeitos (art. 36, §3º). Assim como ocorria na antiga legislação, a caracterização de uma infração da ordem econômica não se exaure com a subsunção da conduta às hipóteses exemplificativas previstas nos incisos do §3º acima transcrito (...); faz-se necessária sua conjugação com o quanto disposto no *caput* e incisos do art. 36”. (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, 93)

³²⁸ “Sobre esse debate, é importante destacar que o Direito da Concorrência é, por sua própria missão, naturalmente seletivo, devendo se ocupar daquelas condutas que têm impactos no mercado. (...) Por fim, no que se refere ao rol de condutas anticompetitivas, trata-se evidentemente de descrição enunciativa, que não afasta a possibilidade de que outras condutas possam ser consideradas anticompetitivas nem dispensa a demonstração da potencialidade lesiva. Com efeito, o mero fato de um agente econômico praticar um dos atos descritos na lei não significa que tenha havido infração ‘a 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”. (FRAZÃO, *op. cit.*, págs. 255-256)

³²⁹ “Mas, como reitera Bagnoli, ainda que não ocorra o dano, a Lei só se aplica se ao menos o dano fosse algo possível de ser produzido, seja pelo objeto da conduta, seja pelo efeito da mesma, mesmo porque o legislador não tipificou condutas pelo objeto”. (*Ibidem*, p. 467).

³³⁰ “Segundo Franceschini, o preceptivo, todavia, não se sustenta com a interpretação literal restritiva, mas há de ser lido de forma sistemática, de modo a integrá-lo no sistema jurídico pátrio, em especial à Constituição Federal, cujo art. 173, §4º, exige, no núcleo do tipo, a presença do dolo, ainda que eventual”. (*Ibidem*, p. 467)
 Refere-se o autor, em rodapé, à expressão “que vise” do texto da Carta Maior.

Com efeito, conforme aprofunda-se adiante, Frazão cita a ADI 1094³³¹, que tinha por fundamento justamente essa interpretação, no sentido de que o texto constitucional só autorizaria a repressão a abusos de poder econômico que só tivessem a finalidade de dominar mercados.

A nosso ver, essas interpretações são afetadas pela ponderação do princípio da lesividade, que coroa especialmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que figura como vínculo de legitimidade à potestade punitiva do Estado.³³²

Cumprido, de outro lado, apontar a lição de Costa, apartando o regime jurídico penal do administrativo sancionador justamente a partir da atração desse princípio. Costa ensina que tal bem jurídico deve ser delimitado de maneira a dar concretude e limitação à pretensão punitiva do Estado. Explica sucintamente a relevância da teoria do bem jurídico para o direito penal-econômico³³³, logo colocando a tutela estrita desse bem jurídico como fator distintivo entre os regimes penal e administrativo sancionador³³⁴:

Por fim, é importante ter presente que o conceito de bem jurídico opera como critério delimitador do direito penal e atua demarcando, negativamente, um espaço que não pode ser utilizado pelo direito penal, e que ficará restrito ao direito administrativo ou a formas técnicas de prevenção, autorregulação etc. Sua devida compreensão, portanto, tem especial impacto na relação entre direito penal e direito administrativo, pois consiste no critério mais importante a ser utilizado pelo legislador ao desempenhar sua atividade, podendo ser controlado, ainda, pela via jurisdicional.

Ainda que a estipulação do bem jurídico penal seja a *delimitação negativa* do espaço no qual pode atuar, isto não implica dizer que o direito administrativo sancionador seja desprovido de um bem jurídico. A exigência de tutela estrita de um bem jurídico é forma de vedação ao arbítrio, de modo que sua incidência ao campo administrativo possui idêntica fundamentação

³³¹ A autora aponta que a medida cautelar fora indeferida, sem aprofundamento ou pronunciamento definitivo do STF na matéria. Frisa-se, ainda, a menção ao voto do Relator: “Importante notar que o próprio Relator citou em seu voto informações prestadas pelo presidente do Senado Federal, Júlio Campos, que deixam entrever que a preocupação do legislador, ao se valer da expressão ‘independentemente de culpa’, era de evitar que a infração antitruste ficasse dependente da comprovação de dolo e não adotar a responsabilidade objetiva”. (FRAZÃO, *op. cit.*, págs. 262 e 263).

³³² Isto é, ancora a atividade estatal à tutela de um bem jurídico específico, abrindo espaço para a qualidade de delito impossível, conforme as lições de Junqueira e Vanzolini: “O princípio da ofensividade, também chamado por alguns de princípio da lesividade (*nullum crimen sine injuria*), significa que não há crime sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado. É em virtude de tal princípio que ataques desprovidos de qualquer idoneidade lesiva, mesmo que dirigidos a importantes bens jurídicos, quedam subtraídos da esfera de tutela penal (v.g., o crime impossível)”. (JUNQUEIRA, *op. cit.*, p. 24).

³³³ “Seguindo-se a linha de Hassemer, entende-se que a intervenção penal precisa ser cuidadosa e respeitar as características do subsistema economia. Devem-se utilizar critérios para evitar ao máximo intervenções disfuncionais e abusos no uso do direito penal. Para o autor, a teoria do bem jurídico ofereceria tais critérios”. (COSTA, *op. cit.*, p. 93.)

³³⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 108.

constitucional. Neste sentido, conforme bem ilustra Oliveira³³⁵, ao enumerar os elementos de qualquer sistema de responsabilização, incluindo o contexto administrativo sancionador:

Haverá um sistema de responsabilização, toda vez que o ordenamento jurídico organizar e ordenar sistematicamente o exercício de competências sancionatórias ou punitivas a partir de quatro elementos essenciais: os bens jurídicos tutelados, os ilícitos fixados, as sanções estatais oponíveis e o processo estatal regular a ser observado. Bens jurídicos iluminam a compreensão da moldura fática recortada para estipulação dos ilícitos e, ao mesmo tempo, justificam a correlação lógica entre hipótese infracional e consequência sancionatória, legitimando o estabelecimento das sanções legais. Por fim, a relação deontológica de dever-ser entre ilícitos e sanções, por outro lado, não escapa das exigências do princípio constitucional do devido processo estatal para que os atos restritivos possam ser validamente produzidos, supondo a inserção do sistema na moldura do Estado Democrático de Direito.

Em nosso entender, considerando o princípio da lesividade como manifestação da proporcionalidade e razoabilidade, conforme as premissas eleitas no Capítulo anterior, é necessária sua atração ao campo administrativo sancionador enquanto vedação ao arbítrio – categoria constitucional fundamental.

Na jurisprudência do CADE, não se vê na expressão “por objeto” essa noção de finalidade, como se verifica na mencionada decisão do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, com notáveis repercussões, conforme Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, no Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26³³⁶:

Nesse sentido, primeiramente relembre-se que infrações por objeto englobariam, a princípio, condutas tais como cartel e tentativa de influência de conduta uniforme por meio de tabelamento de preços. Tratam-se de ilícitos cujos efeitos já se sabe de antemão que são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência, e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Em outras palavras, há uma presunção de ilegalidade, tendo em vista os seus efeitos sabidamente deletérios, de forma que basta a comprovação da sua ocorrência para o julgamento, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica mais aprofundada. Nas palavras do Conselheiro Marcos Veríssimo, em voto-vista nos autos do Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18: Isso ocorre porque, ao contrário do quanto fora aparentemente sugerido pelo Conselheiro Schwartz neste e em alguns outros votos, compreendo que a determinação da ilicitude pelo objeto, na legislação nacional, nada tem a ver com as “intenções subjetivas” do agente. E isso ocorre simplesmente porque a lei assim o determina de forma expressa. Na lei, o que determina a presunção de ilegalidade é o “objeto”, e não a “intenção”. Esta última, aliás, é completamente irrelevante no sistema do direito brasileiro, pois o artigo 20 da lei de 1994, assim como o artigo 36 da lei atualmente em vigor, foi expresso ao dizer que a ilicitude “independe de culpa”, ou seja, ocorre independentemente de qualquer

³³⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Comentários ao art. 2º**. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 22.

³³⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 23/11/2016.

análise de elementos subjetivos intencionais. Tais circunstâncias (tipificação expressa e, sobretudo, presunção de ilegalidade pelo objeto), fazem, como exposto acima, com que se torne completamente desnecessária qualquer análise de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações de poder de mercado dos agentes para que a autoridade possa, *prima facie*, determinar a presunção de ilicitude da conduta. Para tanto, basta que haja, a meu ver, a prova objetiva de sua prática.

Como se aprofunda adiante, esse trecho da decisão ilustra ao menos duas perplexidades: a uma, não se vislumbra o que seria “o objeto” de uma conduta senão sua finalidade, menos ainda como ocorreria um distanciamento entre a finalidade de uma conduta e a intenção do agente econômico que a pratica. A duas, pois o trecho final, que afirma bastar “prova objetiva de sua prática”, incorre em petição de princípio, já que a prova da prática é justamente a prova de tipicidade dos fatos investigados, que como visto está imbricada na finalidade objetivamente visada ou em seus efeitos potenciais.

A título de ilustração, uma cláusula de não concorrência em um contrato de formação de *joint-venture*, por exemplo, configura (i) um acordo, (ii) entre concorrentes, (iii) que resulta na potencial limitação da concorrência – nem por isso é presumidamente ilícito na jurisprudência do CADE. Também não caberia sustentar que o que afasta a ilicitude é o acordo dar-se no contexto de um Ato de Concentração, já que tal roupagem não serve de excludente de ilicitude nem para atos precipuamente lícitos quando implicarem os efeitos previstos em Lei, como aliás bem ilustra Forgioni³³⁷.

Em outras palavras, a “prova da prática”, contempla a comprovação de materialidade de todos os elementos típicos necessários – neste caso incluindo a finalidade da conduta intentada.

É daí que se extrai que todo e qualquer tipo elencado na norma possui descrição de resultado naturalístico, materiais de perigo (pelos efeitos) ou, no mínimo, formais (quando ilícitos *per se*, vide definição adiante). Não há na Lei infrações de mera conduta – isto é, que guardem na mera materialidade do ato a reprovabilidade da norma jurídica. Isso porque se exige que o agente infrator busque determinados efeitos ou possa produzi-los – não há atos reprováveis pela Lei por sua mera existência dissociada de efeitos, possibilitados ou visados.

³³⁷ “Bastará a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para comprovar a existência da prática vedada: simples trocas de informações, entendimentos informais, cartas de intenção ou mesmo acordos de cavalheiros (*gentleman’s agreements*) podem caracterizar-se como atentatórios à ordem econômica, se acarretarem a incidência do art. 36, *caput*. Despiciendo frisar que a ilicitude da prática, nos termos da Lei Antitruste, é de todo independente de sua tipificação formal pelo ordenamento jurídico. Pense-se, a propósito, nos consórcios entre empresas ou nos grupos de sociedades, expressamente previstos nos arts. 278 e seguintes e 265 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 1976) e também acordos de acionistas, regulados pelo art. 118 do mesmo diploma. Esses atos podem corporificar a celebração de cartéis entre concorrentes ou acordos verticais em restrição ao livre comércio, e, nessa medida, estão proibidos pela Lei Antitruste”. (FORGIONI, *op. cit.*, 143).

Importante frisar uma vez mais que a doutrina majoritária sequer concebe a existência de infrações formais à ordem econômica (cuja reprovabilidade esteja baseada exclusivamente na intenção do agente infrator, ao adotar determinada conduta, em determinado resultado, independentemente da potencialidade lesiva). Essa parte significativa da doutrina entende que a reprovabilidade se originará sempre nos efeitos, ocorridos ou potenciais, descritos nos incisos do *caput*, ainda que recorram a teorias que permitam recorrer a determinadas presunções.

Isto é, para a maior parte da doutrina, o cabimento das condutas que podem ser *por objeto* ilícitas estaria restrito a um rol específico e reduzido de práticas – mesmo assim, tais práticas teriam seus efeitos presumidos relativamente, não havendo equivalência, portanto, com delitos formais.

4.1 O elemento objetivo do tipo: as teorias de análise antitruste

Na linha da síntese de Salomão Filho *supra*, o ilícito é composto por “*ato, elemento volitivo e efeito*”. À parte do elemento volitivo (ou subjetivo), abordado no capítulo seguinte, são elementos objetivos do tipo infracional à ordem econômica, portanto, o ato, caracterizado pela materialidade e autoria, e os efeitos.

Esses elementos objetivos do tipo, como se viu, não se estabelecem pela forma da conduta adotada, observada a abertura do texto que tipifica a infração. São os efeitos potenciais das práticas que dão densidade à materialidade do elemento objetivo do tipo ilícito, já que as condutas *sob qualquer forma manifestadas* são ilícitas desde que *tenham por objeto* ou *possam produzir* os efeitos subscritos.

Na doutrina especializada, o elemento objetivo é delimitado pela apuração da potencialidade de efeitos advinda da conduta investigada. Essa apuração de potencialidade lesiva é realizada por meio das teorias ou metodologias de análise antitruste. Conforme Frazão, observado o vasto leque de práticas que podem ser empregadas por agentes econômicos para provocar os efeitos dos incisos do *caput* do art. 36, é natural que sejam costurados diferentes formatos de análise que busquem maior adequação na apuração da potencialidade lesiva de cada tipo de conduta submetida ao CADE³³⁸:

Obviamente, não é possível se esperar que práticas tão díspares como a realização de um acordo entre concorrentes sobre preços, a adoção de uma política de preços predatórios ou a criação de um programa de fidelidade por uma empresa – todas

³³⁸ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 289.

condutas possivelmente sujeitas à penalização antitruste – sejam analisadas exatamente da mesma forma. É pacífico na doutrina e na jurisprudência do Direito Concorrencial que inexistem um único modelo de análise capaz de dar conta da variedade e da complexidade das inúmeras práticas empresariais que podem gerar riscos concorrenciais, sendo necessário que cada espécie de conduta tenha sua potencialidade lesiva examinada de acordo com suas especificidades. É nesse contexto que se inserem as chamadas regras da razão e regra *per se*, importadas do direito norte-americano e empregadas, muitas vezes, de forma controversa tanto pela doutrina brasileira quanto na jurisprudência do CADE.

A autora adota a classificação de metodologias de análise distinguindo regras da razão e regra *per se*. Essas teorias nascem como formas de análise do fato jurídico que virá a compor o antecedente da norma sancionatória, conforme bem elucida Cueva, em referência de Frazão³³⁹. A autora alerta que não se confunde a classificação das metodologias de análise (regras da razão *versus* regra *per se*) com a classificação dos ilícitos (por objeto *versus* por efeitos)³⁴⁰.

Contudo, conforme ilustram Azevedo e Baqueiro³⁴¹, assertiva melhor detalhada adiante, o CADE e boa parte da doutrina misturam as classificações e os conceitos, atingindo resultados bastante distantes:

Os conceitos de regra da razão, regra *per se*, ilícito por objeto e ilícito por efeitos, ainda que não sejam expressamente previstos na legislação brasileira, são termos que integram a prática jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE desde sua constituição. Entretanto, embora consolidada, a incorporação jurisprudencial dos termos não resultou em uma construção sólida e uniforme dos conceitos, de modo que a discussão e a reflexão sobre seus usos, significados e consequências, mesmo após anos de experiência judicante do CADE, ainda se fazem presentes. Ainda que se possa verificar o consenso geral de que a regra da razão e a regra *per se* são métodos de análise distintos e contrapostos, bem como o de que o ilícito por objeto e o ilícito por efeitos são categorias distintas e contrapostas de tipos de infrações à ordem econômica, a utilização dos termos – tanto por parte da jurisprudência, quanto por parte da doutrina – nem sempre permite traçar uma

³³⁹ “A despeito da confusão conceitual que normalmente se faz entre ilícitos *per se* e ilícitos com auxílio da regra da razão, não há diferença substancial entre essas duas maneiras de caracterizar o ilícito antitruste. São, por certo, modalidades distintas de análise do fato, cuja peculiaridade consiste na profundidade que se queira exigir da prova de ilicitude. Não se opõem de maneira frontal, constituindo, antes, um contínuo, como uma escala na qual se determine o *quantum* probatório necessário a formar o convencimento do julgador. Assim, se é certo que algumas condutas, como, por exemplo, os *hard core cartels* exigem provas muito simples para a caracterização do ilícito, outras normas de colusão podem demandar graus variados de profundidade na análise de potencialidade dos efeitos, tal como a situação descrita nos autos, que terá recebido exame mais adequado caso houvesse sido estudada a racionalidade eventual da conduta das representadas”. (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 290)

³⁴⁰ “Ocorre que a regra *per se* e regra da razão nada mais são que padrões analíticos construídos pelas autoridades de defesa da concorrência ao julgar condutas potencialmente lesivas à ordem econômica. Assim, ao contrário do que preconiza parte da doutrina, não constituem categorias de ilícitos anticoncorrenciais, que se distinguem pela exigência ou não da prova dos efeitos potenciais, mas standards probatórios, que facultam ao órgão antitruste, a depender da conduta examinada, recorrer a uma análise mais ou menos detalhadas das variáveis envolvidas no caso concreto”. (*Ibidem*, p. 290).

³⁴¹ AZEVEDO, Paula Farani de; BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes *et al.* (Org.). **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. p. 143.

construção estanque dos conceitos, sendo possível identificar, muitas vezes, a criação de novas categorias e regimes de análise, intermediários daqueles, ainda que sob a mesma nomenclatura.

Conforme as autoras, essa falta de unicidade na interpretação e operação desses conceitos, ainda que basilares, gera distorções e insegurança jurídica quanto à apuração do ilícito à ordem econômica³⁴²:

Isso quer dizer, portanto, que a jurisprudência do Conselho é desuniforme não apenas quanto à definição de quais condutas podem ser tidas como ilícitas por objeto ou por efeitos, – ou quando a análise da ilicitude deve ser feita por meio da regra da razão ou da regra *per se* –, mas é desuniforme também quanto aos sentidos e consequências jurídicas que cada categoria impõe. Ou seja, a tipificação de uma determinada conduta como ilícita por objeto não assegura, em outra ocasião, a mesma tipificação ou sequer as mesmas consequências jurídicas a essa conduta, ainda que ela novamente venha a ser tida como ilícita por objeto, porque inexiste um consenso das implicações que a categoria de ilícito por objeto gera para fins de análise antitruste e processual. O nível de incerteza, desse modo, torna-se elevado e causa insegurança jurídica.

O que se vê, muitas vezes, é a operação desses conceitos em um mesmo nível, resultando em três teorias ou metodologias de análises que variam substancialmente quanto à aceitação de presunções extraíveis da teoria econômica³⁴³. Trata-se da metodologia da regra da razão (associada à classificação de ilícitos “por efeitos”), a regra da razão modificada ou atenuada (associada à classificação dos ilícitos “por objeto”) e a regra *per se* (associada à classificação dos ilícitos *per se*), que estabelecem presunções em diferentes níveis, em nome da eficiência e, por vezes, em detrimento da proteção de direitos fundamentais.

Ao observar a doutrina e a jurisprudência do CADE, conforme justifica adiante, nota-se que essas teorias de hermenêutica desenvolvidas pelo direito antitruste acabam por extrapolar o estabelecimento de um padrão probatório, chegando a alterar o conteúdo elementar desses delitos. Amorim, por exemplo, chega a afirmar que as teorias de análise integram o arcabouço institucional que compõe as infrações à ordem econômica, ao lado da lei³⁴⁴.

³⁴² *Ibidem*, p. 143.

³⁴³ “O objetivo é que se compreenda como o enquadramento de condutas anticompetitivas como ‘ilícitos *per se*’, ‘ilícitos por objeto’ ou ‘ilícitos por efeito’ podem influenciar a produção de provas nos processos administrativos conduzidos pelo Cade e impactar na efetividade da política nacional de repressão a infrações contra a ordem econômica”. (DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César. Parâmetros de análise de infrações concorrenciais pelo Cade. *In*: DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018, p. 115).

³⁴⁴ “Ao se falar em instituições, são abrangidas, preliminarmente, as instituições em sua faceta formal¹⁷⁰, vinculantes no limite de suas delimitações – a Lei Antitruste é um exemplo. Outro lado da moeda são as instituições informais, compreendidas como noções gerais que, em alguma medida, norteiam o enfrentamento de problemas no contexto das instituições formais. É neste contexto que se encontra a pedra de toque da presente pesquisa, que trata de uma particularidade das instituições informais: os standards jurídico-analíticos no enforcement do Direito

Ao se servirem de ferramentas de presunção para apuração da potencialidade lesiva de uma conduta, afetam diretamente a configuração do elemento objetivo do tipo infracional, impactando sua classificação à luz das teorias do delito tradicionais do direito penal. A relevância a que pode chegar o uso dessas ferramentas é sintetizada pelo pensamento de Amorim, para quem as regras de defesa da concorrência como *vazias*, a serem complementadas por esses *standards*, em suas palavras³⁴⁵.

No caso do CADE, demonstrar-se-á que a regra *per se* é instrumentalizada como uma presunção absoluta dos efeitos descritos ao tipo, o que torna equivalente a infração antitruste a um delito formal, daí a relevância em verificar as consequências dessas classificações em seus elementos típicos.

Conforme explica a doutrina, essas teorias de apuração da ilicitude são importadas de experiências estrangeiras e pautadas, em maior ou menor medida, nos pressupostos pragmáticos de eficiência preconizados pelos sistemas de *common law*³⁴⁶, mas cuja distinção é de se destacar.

Demonstrar-se-á que a regra da razão é a teoria que menos recorre a presunções, adotando critério intensamente permeado pelo princípio da razoabilidade e, por conseguinte, encontra fácil acolhida no Direito brasileiro³⁴⁷. Já no que se refere às demais, são duas teorias que recorrem a presunções, uma é de aplicação comunitária europeia³⁴⁸, a teoria da infração por

da Concorrência. Tais standards podem ser assimilados como arranjos mentais emanados pela inteligência dos aplicadores das normas concorrenciais, ou em outras palavras, modos de interpretação diante o caso concreto”. (AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. In: **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 5, nº 2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE: 2017. p. 76).

³⁴⁵ “Numa situação hipotética em que fossem ilimitados tanto o tempo quanto as assimetrias informacionais entre a autoridade e a outra parte, o enforcement antitruste seria rudimentar. Ciente de que isso não é uma realidade, a defesa da concorrência tende a adotar regras vazias a serem complementadas pelos standards supramencionados. Isto explica a gênese dos standards jurídicos como um instrumento para a redução das incertezas (e dos custos transacionais decorrentes) sobre a aplicação do direito positivo”. (AMORIM, *op. cit.*, p. 76).

³⁴⁶ FRANCESCHINI, *op. cit.*, págs. 195 e 427; FRAZÃO, *op. cit.*, p.29; MARTINEZ, *op. cit.*, p. 59, DONAS; VILAS BOAS; LUCIANO JUNIOR, *op. cit.*, págs. 117-119.

³⁴⁷ SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 21; DONAS *et. al.*, *op. cit.*, p.118-122; FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 425.

³⁴⁸ “É compreensível a origem da escola intervencionista quando se a compreende no contexto do Direito Comunitário europeu, eis que este tem por progênie o Tratado de Roma. De fato, é cediço que o Direito Internacional Público não contempla a admissibilidade de tratados internacionais penais, assim ensejando uma legislação de cunho administrativista-dirigista, o que não é concebível no sistema jurídico nacional, em se tratando, o diploma concorrencial de conjunto de normas de cunho repressivo”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 43).

objeto, a outra, vinculada à já mencionada escola econômica do Direito, ou *Law and Economics*, e aplicada no sistema estadunidense³⁴⁹, é a teoria da infração *per se*³⁵⁰.

Ambas seriam, precipuamente³⁵¹, voltadas à apuração de carteis (art. 36, §3º, I) e partem da premissa, extraída da ciência econômica, de que essas condutas típicas, se efetivadas, são as mais graves infrações à ordem econômica³⁵², pois dificilmente deixariam de produzir resultados negativos ou produziriam resultados³⁵³. Nesse sentido, partem, em maior ou menor medida, da presunção de efeitos negativos advindos de sua materialidade, não obstante já seja o delito de perigo.

Ainda que sejam conjunto ferramental desenvolvido no direito estrangeiro, importa compreender *se e como* pode ele ser operado no Direito brasileiro. Isto é, em como interpretar tais institutos de forma válida e útil quando aplicados na ordem jurídica constitucional brasileira. Passa-se a definir essas teorias de análise e ponderar sobre seu cabimento e seus impactos sobre os elementos que estruturam o delito, em linha às premissas estipuladas acima.

4.1.1 Regra da razão

³⁴⁹ No sistema estadunidense, a ilicitude por objeto é associável à apuração da regra da razão modificada ou atenuada (DONAS; VILAS BOAS; LUCIANO JUNIOR, *op. cit.*, p. 117).

³⁵⁰ “Como visto, cartéis impõem significativas perdas de bem-estar social, sendo considerados a mais grave lesão à concorrência. Esse fato impulsionou algumas jurisdições a, do ponto de vista prescritivo, considerarem acordos entre concorrentes sobre variáveis economicamente sensíveis ilícitos *per se*, independentemente dos efeitos causados no mercado (presunção *iuris et iure*). Nesses modelos jurídicos, como é o caso dos Estados Unidos e Canadá, a autoridade não necessita comprovar danos à sociedade causados pelo cartel (o que, consequentemente, afasta a necessidade de definição de mercado relevante e poder de mercado), mas apenas comprovar que o cartel existiu, e não é dada possibilidade às partes de justificarem sua conduta sob a alegação de que não provocou efeitos (reais ou potenciais) no mercado ou mesmo de que seria eficiente socialmente. Assim, por exemplo, um acordo de preços não poder ser justificado sob a alegação de que, na ausência do acordo, os preços seriam iguais ou, inclusive, menores”. (MARTINEZ, *op. cit.*, p. 55)

³⁵¹ Atualmente, as presunções de ilicitude, inclusive em absoluto, são também utilizadas casuisticamente para outras condutas, conforme bem explica Amorim (AMORIM, *op. cit.*, p. 77).

³⁵² MARTINEZ, *op. cit.*, p. 36.

³⁵³ FRAZÃO, 2017, p. 294

DONAS; VILAS BOAS; LUCIANO JUNIOR, *op. cit.*, p. 119.

A regra da razão, em apertada síntese, se caracteriza pela análise do contexto do mercado que possibilite verificação de poder de mercado e potencialidade de efeitos³⁵⁴⁻³⁵⁵. Salomão Filho virtuosamente explica a trajetória da regra da razão, classicamente calcada na noção de reprovação dos atos que provoquem “desarrazoada” restrição da concorrência³⁵⁶, e contemporaneamente calcada na noção de reprovação dos atos que provoquem “injustificada” restrição da concorrência³⁵⁷:

Essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. (...) Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência. Essa evolução corresponde à incorporação ao direito antitruste de preocupações outras que não exclusivamente a preservação da competição. Duas são as vertentes aí distinguíveis. Em primeiro lugar a vertente neoclássica, dominante no momento na jurisprudência e doutrina norte-americanas. Segundo essa vertente, como já visto, a justificativa ‘extraconcorrencial’ para as restrições à concorrência é a eficiência. A segunda vertente, por assim dizer mais intervencionista, incorpora objetivos de política social e industrial ao direito antitruste. As justificativas para a restrição à concorrência passam a ser a redistribuição de benefícios para o consumidor ou, então, a persecução de objetivos de política industrial, como o desenvolvimento econômico e/ou tecnológico.

Viu-se que a Lei Concorrencial brasileira, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, melhor se alinha, de fato, à concepção contemporânea, mais bem adequada aos ilícitos de perigo

³⁵⁴ “A Regra da Razão (*rule of reason*) teve início antes mesmo da década de 50 nos Estados Unidos no julgamento do caso *EUA x Addyston Pipe* com a decisão do Juiz Taft e as opiniões do Juiz White no caso *Standard Oil C.*, as quais sistematizavam que a vedação estipulada pela Lei Sherman se aplicava apenas às práticas que restringiam de forma não razoável a concorrência. Em linhas gerais, trata-se da análise caso a caso cujo entendimento é considerar ilegal uma prática que restringe a concorrência de forma não razoável. Para tanto, deve-se analisar individualmente cada caso e atentar às suas particularidades, verificando o contexto econômico em que está inserido e os eventuais efeitos anticoncorrenciais que possa produzir no mercado relevante atingido. Difere, portanto, da análise *per se*, onde a conduta em si é tida anticoncorrencial, independentemente da análise do caso e se ocorre, ainda que potencialmente, a restrição à concorrência”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 423)

³⁵⁵ “A análise dos efeitos no mercado para a determinação da ilicitude ou não da conduta é o que se costumou chamar regra da razão (do inglês, *rule of reason*), padrão utilizado por tantas outras jurisdições. Nesses casos, a autoridade deve estabelecer a existência de poder de mercado e a geração de efeitos lesivos no mercado; as partes, por sua vez, podem apresentar justificativas para o acordo, de modo a afastar sua ilicitude, como pode ser a geração de eficiências econômicas”. (MARTINEZ, *op. cit.*, p. 56)

³⁵⁶ “A ‘regra da razão’, como originalmente elaborada, tinha um objetivo muito simples: tornar viável a aplicação do direito concorrencial. A previsão genérica da *Section I do Sherman Act* de que seria ilícito ‘todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras(...)’, permitia em tese declarar ilícitos grande parte dos contratos comerciais. Mesmo sofrendo certas resistências iniciais, a regra da razão acabou cedendo por se firmar, restringindo a aplicação do dispositivo apenas àqueles contratos que causassem uma desarrazoada (*unreasonable*) restrição ao comércio. A expressão ‘desarrazoada’ envolve dois aspectos. Em primeiro lugar, é necessário que a restrição seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição, ao invés de simplesmente estabelecer regras dela. Esse é o aspecto qualitativo. Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova uma substancial redução da competição. Esse é o aspecto quantitativo da regra. A fórmula, assim, elaborada pode hoje ser chamada de ‘regra da razão no sentido clássico’”. (SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 151)

³⁵⁷ SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, págs. 152-153.

que aos de dano. Além disso, pode-se afirmar que a doutrina acolhe ambas a vertente neoclássica e dita “intervencionista”³⁵⁸. Isto porque preza pelas eficiências líquidas na apuração da configuração do ilícito, bem como baseia-se na estrutura constitucional que equaciona a livre iniciativa e a livre concorrência aos demais princípios e fundamentos da ordem econômica – tudo a serviço da busca pela existência digna. Embora rotulada com a pecha de intervencionista, viu-se que se trata apenas da inteligência da livre concorrência como mecanismo de reforço do Estado de Direito Democrático.

Superadas menores celeumas, importa para o presente estudo fixar que a regra da razão, no ambiente repressivo, trata da verificação de efetiva potencialidade lesiva das condutas tipificadas no art. 36, ou seja, é o meio pelo qual se averigua a possibilidade de produção dos efeitos dos incisos do *caput*. Busca-se por meio dela a verificação dos elementos necessários à precisa inteligência da conduta e consequente ponderação entre potenciais efeitos lesivos e eficiências decorrentes da prática, lógica razoável à finalidade dissuasória de condutas deletérias. Conforme se demonstra adiante por meio de expressões da doutrina e jurisprudência, evita-se uma punição precipitada que possa desestimular a eficiência alocativa ou inovação, ou provocar o dispêndio de escassos recursos sem benefício ao bem-estar do consumidor.

Esta metodologia exige que a autoridade antitruste instrua uma análise detalhada de uma série de fatores, tais como estrutura e dinâmica peculiares ao mercado afetado, efeitos potenciais ou concretos, racional econômico, propósito e causas de justificação, eficiências e externalidades positivas, entre outros, conforme explicam Franceschini e Bagnoli³⁵⁹, e Salomão Filho³⁶⁰.

Como aponta parte da doutrina³⁶¹, a Lei Concorrencial atual foi desenhada à semelhança da legislação europeia, dividindo os ilícitos entre *por objeto* e *por efeitos*, sendo a regra da razão

³⁵⁸ Com base nas considerações doutrinárias acerca da ordem econômica constitucional, bem como em reforço do próprio Salomão Filho (*Ibidem*, p. 154).

³⁵⁹ “Recorrentemente, portanto, a análise das condutas anticompetitivas era feita sob a égide da Regra da Razão, mesmo para casos de cartel hard core e de indução à conduta uniforme. A metodologia de análise de condutas anticompetitivas era assente e minuciosa, desenvolvendo-se em etapas pré-estabelecidas, a saber: (1) identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal, (2) verificação da existência de evidências suficientes das condutas nos autos, (3) delimitação do mercado relevante, (4) estimativas das participações no mercado relevante, (5) análise das condições concorrenciais da conduta sobre este mercado, (7) exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta e (8) avaliação final dos efeitos anticompetitivos, ao menos concretamente potenciais, e das eficiências econômicas da conduta. Adotados esses parâmetros, somente deveriam ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos fossem demonstrados e, ainda assim, não fossem suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiências compensatórios”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p.427).

³⁶⁰ O autor aprofunda em cada preceito do art. 54 da antiga Lei Concorrencial, a saber a eliminação substancial da concorrência e as justificativas para restrições à concorrência (SALOMÃO FILHO, 2002, págs. 155-174 e 176-233).

³⁶¹ DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César., *op. cit.* p. 118.

aplicável aos últimos. Em outra via, além de Franceschini, Salomão Filho³⁶² assera que a Lei Antitruste prevê a regra da razão para todas as condutas sob sua égide, até por sua origem. Acrescenta-se na passagem que, além da origem, parece-nos que a regra da razão contemporânea é que mais se adequa ao sistema jurídico brasileiro por sua já explicada base constitucional regente da livre iniciativa e função social da propriedade. Conforme se aprofunda adiante, houve um período em que o CADE aplicava a regra da razão para todas as condutas³⁶³,³⁶⁴, modelo que foi posteriormente substituído.

Atualmente, o CADE aplica a regra da razão para as condutas unilaterais e as condutas coletivas que não se apliquem às regras de presunção adiante³⁶⁵. Isto é, não formam paralelo com a silhueta econômica do cartel, não cabendo a presunção de efeitos deletérios em qualquer nível.

Ao aplicar-se a regra da razão, a tipicidade da conduta demanda determinação de uma qualidade especial do autor: o poder de mercado^{366,367}. A estruturação do conceito é bem explicada por Salomão Filho sob ambas as perspectivas econômicas e jurídicas. Em seu entender, o direito concorrencial é um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada que deve garantir a liberdade de escolha. Essa liberdade de escolha é, sob o prisma

³⁶² “No Direito Brasileiro o mesmo dilema se faz sentir. Os acordos entre concorrentes são claramente sujeitos à disciplina das estruturas por força do art. 54 da lei concorrencial. Em virtude da total ausência de regulamentação estatal clara a dispor a respeito dos referidos acordos, o que se pode esperar é que o art. 54 seja utilizado como regra da razão para análise comportamental dos acordos entre concorrentes. Este é o ponto central de convergência entre o controle das estruturas e o dos comportamentos. É também o aspecto em que o primeiro mais pode auxiliar o raciocínio necessário para a correta aplicação do segundo. A análise estrutural está, desde sua origem, ligada a regras de razoabilidade econômica, enquanto o controle dos comportamentos nasceu com rígidas regras *per se*. Em muitos casos foi exatamente a necessidade de interação com a disciplina das estruturas que levou à aplicação de critérios de razoabilidade econômica às condutas”. (SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 21)

³⁶³ “Contudo, o então Conselheiro Marcos Paulo deixou registrado em seu voto, e foi acompanhado pelo Plenário do CADE, que o art. 88 da Lei 12.529/11, relativo à ‘defesa baseada em eficiências’, é aplicável também em sede de controle de condutas, portanto nos casos de concentrações empresariais informais (colusivas e ainda condutas unilaterais). O Cade, até o surgimento da teoria das infrações “por objeto” ou “por efeito”, recorrentemente utilizava a Regra da Razão, portanto da válvula de escape dos efeitos, ainda que não alcançados, para analisar e decidir os casos de condutas supostamente anticoncorrenciais, inclusive naquilo que hoje é tido como objeto” (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 425).

³⁶⁴ DONAS; VILAS BOAS; LUCIANO JUNIOR, *op. cit.*, p. 119.

³⁶⁵ Nesse caso, trata-se de consenso doutrinário e jurisprudencial. (SOARES, Marcio; CAMARA, Paula; VILLAS-BÔAS, Pedro Avellar. *Condutas unilaterais: temas atuais* In: DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018. p. 105).

³⁶⁶ “Entende-se como posição dominante a detença do controle de parcela substancial de mercado relevante por parte de empresa ou grupo de empresa, na qualidade de fornecedor, intermitente, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 822)

³⁶⁷ “Antes de mais nada, cabe indagar o que seria ‘posição dominante’. A Lei Concorrencial [12.529/2011] não a define, quicá por se tratar de um conceito econômico e não jurídico, como fazia a revogada Lei 8.884/1994, art. 20, §2.º: ‘ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial (sic) de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativo’. Ressalvados o indefectível calembur e o diminuto deslize vernacular, o conceito, simples e escorreito, assim expresse, permanece válido”. (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p.482)

econômico, limitada conforme aumenta o poder econômico de agentes sobre o mercado, sendo a exponencial máxima disso o monopólio.

Nesse sentido, portanto, o poder de mercado é a característica que possibilita que um agente, seja o Estado seja um ente privado, adote postura comercial contrária aos preceitos constitucionais, conforme explicados acima³⁶⁸. É o poder de mercado que permite a um agente a capitalização irrazoável de lucros às custas da sociedade e, assim, distancie-se da função social da propriedade e do alinhamento dos fundamentos da ordem econômica (valorização social do trabalho e livre iniciativa). Isso fica claro ao rememorar-se que tais valores são perseguidos pela livre concorrência na medida em que ela seja instrumento de regulação do equilíbrio de mercado.

A verificação dessa qualidade na jurisprudência do CADE é atualmente prescindível na apuração de condutas tidas como “por objeto” e de relevância acentuada na tipificação de condutas unilaterais, que são pacificamente tratadas como condutas baseadas em efeitos. Parte da doutrina, conforme adiante detalhado, entende ser elemento essencial também à apuração de carteis, como bem ilustram Martinez³⁶⁹ e Taufick³⁷⁰.

A primeira indicação da definição de mercado trata de presunção relativa estampada no §2º do art. 36, da Lei, que coloca em 20% a participação de mercado para definir posição dominante. Registra-se, contudo, que a presunção é relativa e não vinculante – o mesmo artigo ressalva que pode a autoridade antitruste brasileira alterar esse percentual para setores específicos, já que esse patamar não é necessariamente aplicável para mercados concentrados ou com dinâmica distinta dos mercados tradicionais, além de notáveis críticas à adequação da

³⁶⁸ “O poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do instrumento fundamental do mercado, verdadeira representação da ‘mão invisível’ de Adam Smith: o preço. O preço em uma situação normal deve ser representação da escassez relativa de um produto. Em uma situação de monopólio, no entanto, o preço não transmite para o consumidor informação sobre a real escassez do produto. (...) Portanto, para uma ordem econômica que pretende se autocontrolar, o poder econômico no mercado deve ser fiscalizado em quando excessivo ou abusivo, reprimido. Caso contrário, estar-se-á apenas substituindo a excessiva ingerência do Estado, que se pretende limitar (mas de maneira alguma eliminar) através da garantia de correta atuação das regras de mercado, por uma dominação do ‘mercado’ pelo poder privado, o que é, evidentemente, a pior solução, já que quanto a esse não é possível sequer fazer a presunção de persecução do interesse público que se faz com relação ao Estado”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 50).

³⁶⁹ “Como veremos adiante, entendemos que, para serem considerados ilícitos, os cartéis precisam ser formados por agentes econômicos que detenham, em conjunto, poder de mercado. O poder de mercado, também referido como posição dominante, é geralmente presumido com base na parcela do mercado relevante detida pelas partes”. (MARTINEZ, *op. cit.*, p. 36).

³⁷⁰ A ilegalidade per se é inadmissível no Direito Antitruste. A mais evidente afronta à concorrência demanda, ao menos, a existência de poder de mercado por parte do agente econômico. A verificação da presença de posição dominante é *conditio sine qua non* (requisito imprescindível) para determinar se houve ou não afronta à concorrência (TAUFICK, Roberto Domingos. **Cartel, ilegalidade per se e ônus da prova: breves considerações**. Revista de Economia, v. 33, n. 1 [ano 31], jan./jun. 2007, pp. 151-155, Editora UFPR, p. 152).

presunção³⁷¹. Tanto o CADE quanto o particular podem questionar se as características de mercado permitem afastar a presunção legal³⁷².

Nesse contexto da participação de mercado, a condição especial do agente é verificada por meio da análise de mercado relevante, que delimitará um escopo de produto ou serviço e um escopo geográfico sobre os quais pode haver impacto econômico. Conforme registra o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE³⁷³, a Portaria Conjunta SEAE/SDE 50, de 1º de agosto de 2001, diz que o “[m]ercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços”³⁷⁴.

A definição do mercado relevante permite a averiguação da participação de mercado dos agentes econômicos, funcionando, afinal, com meio de aferição se um ou mais produtores

³⁷¹ “O parâmetro de 20% estabelecido na Lei não apenas é baixo, mas também dissonante com a prática na maioria das jurisdições em que a participação de mercado não é considerada uma boa referência para auferir poder de mercado. De toda forma, o Cade tem tipicamente analisado abuso de posição dominante a partir de uma abordagem caso a caso. Ademais, o Cade também tem, normalmente, considerado o parâmetro de 20% de participação de mercado como uma “zona de segurança” não vinculante (“soft” safe harbour) – ou seja, uma presunção relativa, refutável, de que a empresa investigada não possui posição dominante se sua participação de mercado estiver abaixo de 20%. Apesar de o Cade reconhecer que o critério da participação de mercado não é suficiente para determinar se uma empresa possui posição dominante, há uma tendência, na prática, de basear a análise na participação de mercado em razão da presunção legal estabelecida pelo artigo 36. (...) Enquanto o baixo valor mínimo não parece estar causando problemas, a abordagem do Cade levanta certo grau de insegurança para as empresas. Além disso, uma definição jurídica de posição dominante baseada em participação de mercado não reflete a melhor prática internacional”. (OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019, p. 84 e 85. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022)

³⁷² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.004201/2018-38. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTIngP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA2e41gXHDCvdyK-JSzf2hCwesuyf8wq-k2tDAnrpbda4>. Acesso em: 10 jul. 2023; BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Data de julgamento: 22 jun. 2016; BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Data de julgamento: 29 jan. 2015; BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxhVDg6lzp3_W9EerwY0K_vxHEJCBJ6YR8cBPSl wM-KL3>. Acesso em: 10 jul. 2023; BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 08700.004460/2021-64. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Data do julgamento: 21 dez. 2021.

³⁷³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de análise de atos de concentração horizontal. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

³⁷⁴ E continua: “(...) a delimitação do MR é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação”. (*Ibidem*)

detêm poder suficiente para influenciarem artificialmente o comportamento dos demais agentes econômicos envolvidos. Conforme bem demonstra pacificamente a jurisprudência do CADE, podendo-se citar como exemplo o Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48 e o Inquérito Administrativo nº 08700.004201/2018-38, essa definição não segue os mesmos padrões para atos de concentração e processos administrativos para imposição de sanções. O Tribunal, por vezes, optará por delimitar diferentes cenários em processos sancionadores, permitindo uma apuração mais razoável que evite extremismos.

Apenas para registro, há outras hipóteses de base para a verificação e estabelecimento do poder de mercado. Pode-se mencionar, para além do uso da presunção pela participação de mercado, destacam-se (i) características de setores regulados, em que etapas da cadeia de valor podem ser controladas por determinadas empresas de modo produzir posição dominante em mercados verticalmente relacionados, (ii) elevado poder de barganha em relações verticais decorrentes do volume de negócios³⁷⁵ e (iii) peculiaridades de mercado digitais³⁷⁶, em que é bastante comum a presença dos chamados “gargalos” (usualmente referidos em língua inglesa, “*bottlenecks*”), ou “controle de acesso” (comumente chamados de “*gateways*”), que acabam tendo efeito similar.

Esses gargalos são pontos de controle de acesso aos mercados pelos fornecedores e consumidores, não havendo alternativas reais e sendo tal ponto uma plataforma essencial à

³⁷⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Item II.3. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd730_3JP0MJcR6ZjPlpWUANcD5ARK4V7T2a38pWYBQF>. Acesso em: 10 jul. 2023.

³⁷⁶ “O design de mercados internos impacta a competição entre empresas que compõem o ecossistema, em particular pois as plataformas: (i) Regulam regras de acesso; (ii) Desenham interfaces para apresentação de produtos ou serviços; (iii) Determinam as APIs que podem ser acessadas; (iv) Desenham sistemas de notas e reviews; (v) Determinam os termos de acesso a dados; (vi) Definem níveis mínimos de qualidade para participação na plataforma; (vii) Estabelecem contratos modelo e regras para solução de conflitos; (viii) Impõem controles de preço e MFNs; (ix) Ranqueiam produtos; e (x) Controlam meios e o processamento de pagamentos, entre outros. Ao fazer isso, as plataformas se tornam efetivas reguladoras ou árbitras de seus ecossistemas—algo que poderia lhes impor obrigações adicionais de não distorção da concorrência”, p.105: “O design de mercados internos impacta a competição entre empresas que compõem o ecossistema, em particular pois as plataformas: (i) Regulam regras de acesso; (ii) Desenham interfaces para apresentação de produtos ou serviços; (iii) Determinam as APIs que podem ser acessadas; (iv) Desenham sistemas de notas e reviews; (v) Determinam os termos de acesso a dados; (vi) Definem níveis mínimos de qualidade para participação na plataforma; (vii) Estabelecem contratos modelo e regras para solução de conflitos; (viii) Impõem controles de preço e MFNs; (ix) Ranqueiam produtos; e (x) Controlam meios e o processamento de pagamentos, entre outros. Ao fazer isso, as plataformas se tornam efetivas reguladoras ou árbitras de seus ecossistemas—algo que poderia lhes impor obrigações adicionais de não distorção da concorrência”. (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Documento de Trabalho nº 005/2020: Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, DF, 2020, p. 105. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022).

competição nesses mercados³⁷⁷. Um gargalo que se encontra sob o domínio de um agente econômico atribui a esse agente o papel de “controlador de acesso” (ou “*gatekeeper*”), ao qual é atribuído o chamado “*bottleneck power*”, que nada mais é que o poder econômico advindo dessa posição estratégica, que o habilita a arbitrar condições de entrada e permanência de outros agentes econômicos, concorrentes ou não, nos demais mercados da cadeia de valor³⁷⁸.

O poder de mercado, como característica especial do autor, é, portanto, uma qualidade aferida a partir da possibilidade de atuação arbitrária e artificial de um determinado agente, não sendo algo de definição ou constituição estanque, ainda que o patamar de 20% de participação a partir da definição de mercado relevante seja uma referência solidificada no CADE.

Atente-se que a doutrina encontra consenso na demanda pela definição de poder de mercado apenas nas condutas apuradas sob a regra da razão. Enquanto Martinez, vida acima, entende necessária avaliação do poder de mercado também para carteis, Frazão aponta que nesses casos a definição de poder de mercado e a definição de mercado relevante são tarefas bastante desafiadoras e complexas, podendo estar também sujeitas à presunção relativa e até serem dispensáveis³⁷⁹.

Além do poder econômico, estipula-se pelo menos outros dois elementos importantes na avaliação de condutas analisadas sob a regra da razão. Já em 1999, o CADE editou a Resolução nº 20, cujo Anexo I definiu e classificou práticas restritivas horizontais e verticais, e cujo Anexo II tratou de questões básicas do padrão de análise para restrições verticais. Seguindo as teorias econômicas da época, a Resolução estabelecia três etapas de análise: a constatação de posição dominante; a existência de fechamento de mercado – dentro da teoria de dano utilizada; e a análise de efeitos.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 60.

Bottleneck é definido pela ACM como “uma plataforma que controla o acesso ao mercado para fornecedores de conteúdo, fornecedores de produtos ou fornecedores de serviços, bem como o acesso a conteúdos, produtos ou serviços para consumidores, quando não existem alternativas realistas disponíveis fora da plataforma e quando esta plataforma se torna indispensável para as empresas competir ou entrar em um Mercado” (*Ibidem*, p. 60, tradução nossa).

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 106.

“O relatório do Stigler Center defende a criação de um regulador específico para mercados digitais, cujos poderes incluam o controle de ‘bottleneck power’, isso é, o poder de direcionar usuários para um determinado produto. Conceito similar ao de bottleneck power está presente em outros relatórios, tais como o relatório da União Europeia (‘intermediation power’), alemão, holandês e do Reino Unido (‘strategic market status’ ou ‘competitive gateway’), que também defende a criação de um regulador específico. O relatório do Reino Unido, por exemplo, separa este poder em três principais variáveis: (i) o poder de controlar o acesso a determinados bens e serviços e cobrar altas taxas por esse acesso; (ii) o poder de manipular rankings ou a proeminência de um determinado bem ou serviço; e (iii) o poder de controlar reputações. Ele afirma que o conceito de ‘Significant Market Power’ que existe em mercados de telecomunicações pode servir como uma base para a definição de critérios objetivos que embase a definição de ‘strategic market status’ de mercados digitais”. (*Ibidem*, p. 106)

³⁷⁹ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 292.

A título de ilustração, conforme anotou a Conselheira Polyanna Vilannova, ainda que bem definidas as etapas de análise, “a existência de termos abertos e abstratos resultou na existência de casos com determinações muito variadas, não se firmando uma jurisprudência clara que pudesse trazer conforto aos agentes de mercado”. No caso, a tipicidade da conduta foi afastada pela ponderação de eficiências e potenciais danos, bem como a relevância da inovação em mercados digitais³⁸⁰, mas frisa-se a referência às etapas de análise e à crítica no sentido de estimular a busca por uma sistematização inteligível de determinadas condutas comerciais.

Em suma, a regra da razão, atualmente associada às condutas por efeitos, representa o escrutínio de conduta comerciais a partir de um sopesamento que prioriza os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, estruturando a apuração de infrações à ordem econômica sobre etapas e conceitos verificados, não presumidos, que tenham o condão de elucidar os efeitos potenciais líquidos advindos de determinada prática.

4.1.2 Adoção de presunções: a Regra da Razão Modificada e a Teoria *per se*

Além da regra da razão, cumpre detalhar a teoria ou metodologia da regra da razão modificada (associada à infração “por objeto”) e a teoria ou metodologia da infração *per se*, ambas desenvolvidas principalmente para investigações de cartel³⁸¹. No intuito de esmiuçar referidas teorias, abre-se breve parêntese para clarear o que se pode entender por cartel no bojo do direito da concorrência.

A conduta de cartel está positivada no §3º, I, do artigo 36. Conforme anota Franceschini³⁸², nem a doutrina, nem a lei trazem uma definição estanque do que seja juridicamente cartel. Atualmente, busca-se tipicidade por meio de um acordo entre

³⁸⁰ “Entendo que esse é o principal desafio atual do CADE, ou seja, dar efetividade aos padrões estabelecidos. Ao meu ver, o CADE precisa apresentar em suas decisões delimitações quanto aos limites de atuação dos agentes econômicos. Assim, conseguimos evitar que condutas claramente passíveis de geração de efeitos negativos sejam praticadas, ao mesmo tempo que trazemos segurança para que os agentes de mercado, notadamente as disruptivas, atuem e pratiquem condutas que claramente gerem eficiências. Destaco não ser tarefa fácil, já que qualquer abordagem formalística para esse tipo de conduta poderá gerar mais efeitos negativos ao mercado. Quando transportamos a análise de condutas unilaterais para os mercados digitais, a inovação é uma das principais bases da concorrência entre empresas, sendo extremamente benéfica para os consumidores, os quais desfrutam de novos produtos e serviços mais adequados às suas necessidades.” (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto da Conselheira Conselheira Polyanna Vilannova. Relator: Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia. Data do julgamento: 19/06/2019)

³⁸¹ Vide passagem já transcrita de MARTINEZ, *op. cit.*, p. 55.

³⁸² FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 564.

concorrentes³⁸³, que não depende de formalização³⁸⁴, consistente à silhueta econômica, a partir da materialidade da conduta e com potencial de geração dos efeitos dos incisos do *caput*. Martinez³⁸⁵ sintetiza:

[...] cartéis são comumente definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência.

Quanto à forma da conduta, há diferentes espécies de carteis, classificados de acordo com múltiplos critérios.

A primeira classificação diz respeito à variável comercialmente sensível impactada pela conduta, distinguindo entre os gêneros *carteis de preço/quantidades*³⁸⁶ e *carteis de alocação de mercado*, estes últimos englobando as divisões geográfica e de clientes como espécies. Conforme alerta Martinez, carteis em licitações também podem ser considerados espécie do

³⁸³ “A presença de concorrentes é requisito da existência de um cartel (Lei n. 12.529/11, art. 36, §3º, I). Trata-se de elemento bastante óbvio, mas é importante reafirmá-lo, pois foram identificados casos de investigação de cartéis envolvendo não concorrentes. (...) Do ponto de vista econômico, ‘concorrentes’ são empresas com atuação no mesmo mercado de produto e geográfico, sendo necessário recorrer ao ferramental da Microeconomia para sua definição durante a revisão processual”. (RIBAS, Guilherme Favaro. **Processo administrativo de investigação de cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 48).

³⁸⁴ Em cotejo com a noção jurídica de acordo advinda do Direito Civil, alerta o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva: “Com razão a SDE ao asseverar que “a incidência das normas de Direito Concorrencial não observa os rigores da concepção tradicional de atos jurídicos e negócios jurídicos do Direito Civil. Isto porque, a exigência de que agentes econômicos interessados em prejudicar a concorrência deveriam sempre externar tal intenção através da formalização de um negócio jurídico faria da Lei Antitruste letra morta. Como é cediço, a Lei de Defesa da Concorrência tem como foco a produção, efetiva ou potencial, de certos efeitos. Com isto, foi especialmente claro o legislador quando preceituou que a forma do ato não interessa para fins da incidência das normas antitruste (atos “sob qualquer forma manifestados”). Portanto, de acordo com o acima exposto, não é o fato de a ata de reunião não ter caracterizado, sob o enfoque do direito civil, um negócio jurídico, não constituindo “obrigação de contratar”, que os efeitos vedados pelos incisos do artigo 20 não estariam presentes ao menos em potencial nas práticas descritas. Como a potencialidade da produção de tais efeitos também constitui suporte fático de incidência do dispositivo, a ata de reunião é, sim, documento juridicamente relevante, plenamente apto a sinalizar troca de informações entre concorrentes com intuito de causar prejuízos à concorrência” (fls. 5.077/5.078). Como se sabe, os acordos entre concorrentes, em suas várias modalidades, podem ser celebrados formal, informal ou mesmo tacitamente, sem nenhuma comunicação expressa entre os participantes do arranjo.” (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Item II.3. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd730_3JP0MJcR6ZjPlpWUANcD5ARK4V7T2a38pWYBQF>. Acesso em: 10 jul. 2023)

³⁸⁵ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 36.

³⁸⁶ Aqui entendidos como de uma mesma classe, não de duas espécies de um mesmo gênero. Segundo as ciências econômicas, os dois terão os mesmos efeitos no mercado, uma vez que a quantidade determina o preço e vice-versa, devendo ser entendidos como um conceito único, cartéis *de preço/quantidades*. (MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013, p. 42).

gênero *carteis de alocação de mercado*³⁸⁷, também enquadrando a espécie de colusão vertical³⁸⁸.

Outra usual distinção se dá entre *carteis clássicos* e *carteis difusos*, em que são utilizados dois critérios diferentes para separá-los. A primeira separação entre cartéis clássicos e difusos é a defendida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e pela *International Competition Network* – ICN, cujo critério distintivo é a existência de um acordo expresso acerca de variáveis comercialmente sensíveis (carteis clássicos) ou a mera troca de informações comercialmente sensíveis indutiva de comportamento uniforme (carteis difusos).

A segunda distinção, adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, arvora seu critério na *institucionalidade* do acordo³⁸⁹. Os cartéis clássicos, segundo a jurisprudência do Conselho, seriam aqueles em que há mecanismos de coordenação institucionalizados, consubstanciados em reunião periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, mecanismos de fiscalização e de retaliação em caso de descumprimento, entre outros.

Neste sentido, para o CADE, enquanto os cartéis clássicos não decorrem de uma situação eventual de coordenação, os cartéis difusos, apesar de manterem os objetivos espúrios dos cartéis clássicos, possuem um caráter eventual e não institucionalizado, sem a estruturação de mecanismo que visem a tornar o ajuste permanente ou perene. Na jurisprudência do

³⁸⁷ Os cartéis em licitações são aqueles que potencialmente implicam fraude ao caráter competitivo do certame, geralmente refletindo objetivo de sobrepreço nos contratos com a Administração Pública. Especialmente nestes casos, há uma multiplicidade de situações concretas que podem alterar substancialmente os elementos da conduta, de modo que esta classe de cartéis pode ensejar subsunção a mais de uma norma no ordenamento jurídico.

³⁸⁸ FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 564.

³⁸⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14. Voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado p. 5 (Cartel das Britas) Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAIDAQnWf3dDCLooyz_d4XaAjLwB9hJz8GCekQam0P0>. Acesso em: 10 jul. 2023

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar n.º 08012.001198/2007-04, Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em: 28/04/2010 In: DOU de 10 de maio de 2010, Seção 1, pág. 32. Item 2.2.1.

Conselho se nota, entretanto, alguma vagueza quanto aos limites de tal definição, havendo diferentes referências ao que determinaria um cartel difuso, ou *soft cartel*^{390,391}.

Outras formas de classificação dos carteis, estas de compreensão mais acessível, são quanto à sua explicitude (cartéis explícitos ou tácitos); quanto à territorialidade (cartéis nacionais ou internacionais); quanto à relação dos agentes econômicos no mercado interno (cartéis de compra ou de venda); e quanto à relação dos agentes econômicos frente ao mercado externo (cartéis de importação ou de exportação).

Como se nota, essas distinções possuem finalidade *descritiva* arvorada na forma empírica pela qual ocorre a conduta, isto é, utiliza-se as propriedades de cada uma das condutas adotadas para, segundo seus contornos concretos, classificá-las. Conforme antecipado em referência a Ribas, exige-se no mínimo a existência de um acordo que se dê entre concorrentes, disto cabendo discorrer sobre as espécies supramencionadas.

Importantes algumas observações sobre troca de informações comercialmente sensíveis. Embora não haja tipo especificamente voltado à troca de informações, tal conduta é meio para consumação de condutas típicas, a depender do ambiente no qual ocorram e do seu nível de sistematização. Fora do contexto de atos de concentração e quando suficientemente sistematizadas, podem resultar em espécie de cartel difuso ou influência a conduta uniforme³⁹².

³⁹⁰ “95. Além dos cartéis hard core, há também os que poderiam ser chamados de cartéis soft (sendo o nome dado apenas para fazer o contraponto do hard). Estes, apesar de na prática serem chamados de cartel e, de fato, poderem resultar em graves danos para a sociedade, podem não ter uma definição precisa, como tem o cartel hard core. A Resolução no 20 não foi pensada para estes casos e, na minha humilde interpretação, nem o inciso I do artigo 21 da Lei no 8.884/94 ou o inciso I, parágrafo 3o, do artigo 36 da Lei no 12.529/11, que, por isso, não deveriam ser usados para descrever um cartel soft. 96. Diferentemente do cartel hard core, esses cartéis soft podem ter diversas outras estratégias, muitas vezes não previstas na literatura econômica e que podem apresentar algum tipo de eficiência no ato ilícito, como, por exemplo, apresentar poder compensatório, um tipo de eficiência”. (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.002568/2005-51. Voto da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2016/nota-tecnica-n34-2016-processo-administrativo-08012002568200551.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2023).

³⁹¹ “O **soft cartel** (nome para contrapor ao hard core), desta forma, seria o conjunto de condutas concentradas disjuncto (isto é, sem interseção) ao conjunto das condutas do hard core (aquele que tem definição precisa dada pela OCDE). Esta nova definição não tem como objetivo ir contra a literatura antitruste internacional, mas aclarar que há casos de ações concertadas que não têm os objetivos traçados pela OCDE em 1998, não se encaixando, assim, na definição de hard core”. (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08700.001859/2010-31. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Data de julgamento: 4/07/2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNJFCMGqkxs3ow-T5qCPnNsBAe4skVKz2DcFe3E1X0od3hvLmFUK7e1OTO-INDka_7NL20ov1fMkSbfQUvlpP8u>. Acesso em: 02 jul. 2023).

³⁹² FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 569.

Pode, contudo, tratar-se de exercício regular de direito, buscando aumento de eficiência³⁹³. Daí a dificuldade de desvincular esses elementos formais da conduta de seus efeitos potenciais, mormente quando se pretenda adotar uma responsabilidade objetiva, não sendo possível verificar a intenção ou finalidade da prática.

É justamente na determinação da potencialidade de efeitos que tomam lugar as duas teorias mencionadas, que buscam estabelecer presunções normativas – conforme mencionado, calcadas nas ciências econômicas – que resolvam dificuldades da autoridade pública em demonstrar poder de mercado e a geração de efeitos deletérios potenciais ao mercado.

A chamada teoria da infração “por objeto” (à moda europeia), bem como a regra da razão modificada ou atenuada (à moda estadunidense), vê na formação *prima facie* da conduta uma presunção *iuris tantum*, relativa, de ilegalidade³⁹⁴. Isto é, verificada a materialidade de um acordo entre concorrentes que, a priori, tenha por objeto o prejuízo da livre concorrência, presume-se sua ilicitude, sujeita à prova em contrário, cabendo ao investigado demonstrar a não persecução e a inconcretude da possibilidade dos efeitos previstos no art. 36 da Lei.

Conforme antecipado, Frazão diverge da doutrina que utiliza a classificação de ilícitos acima. Para a autora, a regra per se, quando aplicada enquanto metodologia de definição de padrão probatório, não se distanciava dessa lógica, na medida em que a presunção poderia ser contestada em contraditório³⁹⁵. Daí que a autora entende ser possível associar infrações por objeto (classificação de ilícitos) à metodologia da regra *per se* (classificação de padrão probatório), já que se aproximam pela simplificação, no intuito de reduzir custos, limitadas à presunção relativa³⁹⁶.

³⁹³ “De acordo com a OCDE, a troca de informações pode ser classificada de três formas principais sob esta ótica: (i) como parte de um acordo mais amplo de fixação de preços ou market shares, em que informações intercambiadas funcionem como facilitadoras do estabelecimento e monitoramento dos termos do acordo, (ii) como forma de cooperação objetivando o aumento de eficiências, mediante a formação de joint ventures e a celebração de acordos de P&D, certificações, entre outros arranjos e (iii) como prática isolada, em que a troca de informações é a única forma de cooperação entre os concorrentes. Nois dois primeiros cenários, a avaliação antitruste da troca de informações é razoavelmente direta. A troca isolada de informações, contudo, implica em desafios de avaliação, uma vez que é fundamental se distinguir a atividade que guarde maior semelhança com cartéis daquela em que a cooperação vise o aumento da eficiência.” (FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 569.)

³⁹⁴ Vide transcrição adiante de MARTINEZ, *op. cit.*, p. 56; DONAS, *et. al.*, p. 118; FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, págs. 429-430; PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 98.

³⁹⁵ “Com efeito, a regra per se pode ser considerada como um agregado de presunções e atalhos probatórios em torno da ilicitude de determinada conduta, cuja justificativa decorre dos altos custos administrativos e das incertezas existentes nas investigações antitruste. (...) O que importa ressaltar, portanto, é que a regra da razão e a regra per se referem-se, na verdade, a metodologias de análise antitruste – e não propriamente a tipos de ilícitos – e que mesmo a regra per se, apesar que o nome pode sugerir, não é absoluta, na medida em que não impede a contraprova da inexistência de efeitos lesivos”. (FRAZÃO, *op. cit.*, págs. 291-292).

³⁹⁶ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 294.

Tal presunção de ilicitude não se confunde, contudo, com a equiparação da infração de cartel a um delito formal, conforme já conceituado. Isto é, a possibilidade de produção ou não de efeitos é relevante à configuração do tipo e abre espaço para contestação e excludentes de ilicitude pela antijuridicidade. De modo distinto, a doutrina³⁹⁷ e jurisprudência³⁹⁸ explicam que a teoria “por objeto” implica a inversão do *onus probandi* acerca da produção de efeitos ao acusado, que, para obstruir a subsunção dos incisos do *caput*, deve demonstrar sua improbabilidade ou que seriam liquidamente positivos, nestes casos tornando atípica a conduta, ainda que praticada sob a forma de um acordo entre concorrentes para definição de parâmetros de conduta que impactem o mercado³⁹⁹.

De outro lado, a teoria da infração *per se*, enquanto classificação de ilícitos, contempla uma presunção *iuris et de iure*, absoluta, de ilegalidade, conforme ilustram diversas passagens adiante. Nesse contexto, destaca-se a lição de Salomão Filho, ao referir-se à tendência do CADE de atribuir à infração de cartel uma definição “*formal e não-sistemática*”⁴⁰⁰. Neste caso, mesmo que se apresente prova em contrário quanto à probabilidade de produção de efeitos ou de efeitos líquidos positivos, a presunção de ilicitude subsiste – é automática e infalível a partir da conclusão pela forma da conduta.

Ambas se arvoram em regimes consuetudinários (estadunidense ou comunitário europeu), não estatutários, como é o caso do regime constitucional brasileiro. Os regimes guardam diferenças elementares que impactam o grau de influência dos princípios da eficiência,

³⁹⁷ Conforme passagem adiante de MARTINEZ, *op. cit.*, p.58, acompanhada por diversos outros, e.g., AMORIM, *op. cit.*, p.83, FRANCESCHINI, *op. cit.*, p. 254; DONAS, *et. al.*, p. 120.

³⁹⁸ “(...) a presunção dispensa, em outras palavras, que a autoridade administrativa se desencarregue da prova dos efeitos para determinação da ilicitude, e transfere para o próprio Representado o ônus de provar que a restrição à concorrência é acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da persecução desse objetivo principal superam os riscos detectadas à concorrência”. (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, fls. 16. In: FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p.430).

³⁹⁹ Conforme ilustram MARTINEZ, *op. cit.*, (p. 59), em referência aos carteis sem potencialidade lesiva, e FRANCESCHINI, *op. cit.*, (p. 426), sobre a imposição de tabela de preços que se verificou inviável.

⁴⁰⁰ “Note-se, no entanto, que essa busca de provas, natural e necessária, pode levar a problemas jurídicos de monta. Recentemente, essa tem sido a tendência da prática brasileira. Investigação de cartéis tem-se resumido à busca de prova de acordo. Em função disso, a disciplina só se enfraquece. De um lado, a ‘fattispecie’ ganha definição formal e não-sistemática. Torna-se necessariamente restrita, pois passa a englobar apenas as hipóteses de acordo expresso e formalizado. De outro, para compensar essa restrição, a tendência é e tem sido ampliar enormemente aquilo que pode ser considerado prova de acordo. Sequer são necessários indícios. Bastam, com frequência, suposições. Com isso, de um lado, direitos individuais diversos passam a ser desrespeitados e, de outro, as investigações são, com frequência, infrutíferas. Observe-se, por exemplo, o que pode ocorrer caso se pretenda assumir que toda reunião entre concorrentes é uma prova (ou indício) de existência de cartel: os agentes serão punidos pelo simples fato de se reunirem”. (SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 263).

como enuncia Posner⁴⁰¹, e da culpabilidade sobre a caracterização da infração, como será pormenorizado no capítulo seguinte. Questiona-se, portanto, quais seriam os impactos da importação dessas teorias de análise para a apuração de infrações à ordem econômica no Direito brasileiro.

4.1.3 Impactos hermenêuticos das Teorias de Análise Antitruste

Cumpra registrar alguns esclarecimentos acerca dos desdobramentos de cada teoria. No caso da teoria *per se*, enquanto classificação do ilícito, cuida-se de alto influxo do pragmatismo alinhado ao *commoun law*, buscando um olhar econômico sobre o Direito – conforme propõe a conhecida escola de Chicago, *Law & Economics*. A doutrina possui lógica própria, cuja valoração jurídica de condutas menos se preocupa com a reprovabilidade da conduta do agente infrator, e mais com a apuração da *eficiência alocativa ou econômica*⁴⁰² na justificação da sanção⁴⁰³. Não coincidentemente, seu surgimento está umbilicalmente ligado à análise econômica do Direito Concorrencial⁴⁰⁴, daí sua notável importância à hermenêutica deste universo.

É neste diapasão que se faz necessário entender a metodologia adotada pelo CADE. Apesar de previsões normativas em um ou outro sentido, o Tribunal Administrativo do CADE passou a eleger casuisticamente o nível de presunções que entendia pragmaticamente adequado aos casos concretos, como explica Franceschini⁴⁰⁵. É elucidativo, nesse sentido, o Voto-Vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no bojo do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, julgado em 31 de janeiro de 2013⁴⁰⁶:

⁴⁰¹ “The efficiency theory of the common law is not that every common law doctrine and decision is efficient. That would be completely unlikely, given the difficulty of the questions that the law wrestles with and the nature of judges’ incentives. The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society. Statutory or constitutional as distinct from common law fields are less likely to promote efficiency, yet even they as we shall see are permeated by economic concerns and illuminated by economic analysis”. (POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ª Ed. Wolters Kluwer, 1986. p. 19).

⁴⁰² POSNER, *op. cit.*, p.5 e 23.

⁴⁰³ “Já a Escola de Chicago adota a proteção do consumidor como único foco do Direito da Concorrência, (...) o que importa é a geração de eficiências e não propriamente a manutenção de um ambiente competitivo, até porque, diante dos pressupostos idealizados da Escola, grandes concentrações de poder econômico e mesmo monopólios não são fenômenos preocupantes, desde que não haja barreiras à entrada nos mercados. Como já se viu, o aspecto mais sedutor da Escola foi o de associar a ideia de eficiência ao bem-estar do consumidor, o que já se demonstrou ser falso”. (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 51)

⁴⁰⁴ POSNER, Richard. *op. cit.*, p. 19

⁴⁰⁵ A Bernarda Jurídica de 2013 In FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.* p. 191.

⁴⁰⁶ BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Relator: César Costa Alves de Mattos. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, p. 9, fls. 1699-1700. Data do Julgamento: 31/01/2013.

O que pretendo esclarecer é que, a meu ver, trata-se de um importante equívoco procurar apartar, a partir de suas próprias naturezas, aquilo que normalmente chamamos de regras "per se" e "da razão", procurando assim definir contornos específicos, rígidos e únicos para uma e para outra e defender, a partir daí, que o sistema jurídico nacional adota uma e não o a outra, ou ambas, ou nenhuma delas no trato das condutas anticompetitivas. Na verdade, entendo que o que chamamos de regras "da razão" e "per se" nada mais é senão os dois pontos extremos de uma mesma escala de presunções (algumas absolutas, outras relativas) de que lança mão o direito pra lidar, pragmaticamente, com o leque de condutas anticompetitivas, aproximando umas da presunção de ilegalidade, outras da presunção de legalidade, e colocando outras tantas em várias posições intermediárias, por razões de política legislativa e jurisprudencial. A tais presunções corresponde, no processo administrativo, um leque também variado de arranjos possíveis de distribuição de ônus probatórios entre a autoridade persecutora e as pessoas físicas e jurídicas investigadas, cada qual sendo compatível com um tipo específico de conduta, na medida, naturalmente, de sua gravidade e da frequência com que ela produz efeitos deletérios.

Além disso, ainda na lição de Franceschini, o CADE passou, em determinado momento, a enredar classificação de ilícitos e metodologias de análise, misturando as teorias “por objeto” e “*per se*”⁴⁰⁷, tratando-as como se fossem algo único. Incorporou à sua metodologia uma presunção absoluta nas apurações por cartel somada à responsabilização objetiva, o que impossibilita a verificação de existência de elementos que afastem a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Conforme ilustra Frazão⁴⁰⁸, a metodologia da regra *per se* nasce também a partir de uma presunção relativa, ainda que de mais difícil desconstrução. Isto é, ambas a metodologia *per se* e a teoria da infração “por objeto” partiriam de presunções falseáveis, tendo a primeira um padrão de probatório mais elevado, permitindo que o particular oferecesse prova em contrário quanto ao poder de mercado ou potencialidade lesiva⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho Araújo. Data de julgamento: 10/06/2015; BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 14/12/2015.

⁴⁰⁸ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁰⁹ Neste sentido, aliás, cumpre apontar peculiar decisão que, embora acolha as referidas presunções, parece abrir, ainda que em tese, margem para prova em contrário: “41. Desde logo é importante destacar que a delimitação de mercado relevante é desnecessária para apuração de efeitos anticompetitivos na conduta de cartel, por tratar-se de ilícito por objeto e analisado pela regra *per se*, de modo que a conduta é ilícita independentemente do contexto em que se observou sua prática, o que dispensa a análise da estrutura do mercado, considerando que a existência de poder de mercado e a produção de efeitos necessariamente mais danosos à concorrência do que positivos é presumida. (...) A delimitação do mercado relevante e a aferição de poder de mercado são meramente instrumentais e podem ser dispensados na análise da conduta de cartéis, diante da presunção dos efeitos anticompetitivos da prática. Ainda que a delimitação precisa de mercado relevante fosse necessária, observa-se que a análise se confunde com a própria análise de mérito do processo, de tal modo que a aferição de poder de mercado seria desenvolvida somente na fase probatória, sendo dispensada no momento de instauração do processo administrativo.” (BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63. Voto do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Data do julgamento: 26/10/2021).

Entretanto, Franceschini e Bagnoli, entre outros⁴¹⁰, demonstram que o CADE reconhece reiteradamente o alcance de suas premissas analíticas⁴¹¹, que equiparam a infração de cartel a um delito formal, deslocando o resultado para o interior do tipo ao presumi-lo em absoluto diante da materialidade de um acordo entre concorrentes acerca de parâmetros concorrencialmente sensíveis. Destaque-se, nesse contexto, o Voto Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo⁴¹²:

Na regra per se tal presunção é absoluta, significa dizer, não admite prova em contrário. Não à toa os magistrados daquela jurisdição já afirmaram ser impertinente discutir em casos de cartel tópicos como poder de mercado, potencial de causar danos, regra de minimis, eficiências e até mesmo se houve ou não atos de exteriorização do conteúdo do acordo. A única discussão possível é acerca da existência ou não do acordo com fim diretamente anticompetitivos (*naked*), sendo presumidos os efeitos deletérios a partir simplesmente desta conduta. Do ponto de vista estritamente jurídico cuida-se de uma infração puramente formal, categoria que no direito penal seria classificada como crime de perigo abstrato.

Como se verá adiante, contudo, há aqui um elemento adicional relevante, que é o objetivo, ou a intenção, do agente econômico.

Anote-se que, sob o prisma da eficiência, embora a dificuldade de instruir robustamente cada processo acerca do poder de mercado e efeitos reforce assertivamente a adoção de presunções na atividade hermenêutica⁴¹³, a presunção absoluta impede mesmo que a prova contrária seja formada pelo administrado, vedando a possibilidade de contraditório, mesmo que às suas custas, no estabelecimento de premissa fundamental de mérito. Além disso, parte desse problema já se vê bastante mitigado pela estrutura normativa que classifica os delitos como de perigo⁴¹⁴.

⁴¹⁰ DONAS; VILAS BOAS; LUCIANO JUNIOR, *op. cit.*, p. 120.

⁴¹¹ “Em texto repetido à saciedade em praticamente todas as Notas Técnicas relativas aos processos por cartel ou indução à conduta uniforme, e sem mais reboço, assim passou a se manifestar em seu conteúdo, até à atualidade, a Superintendência-Geral do CADE, *mutatis mutandis*: “171. O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, ‘aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra ‘per se’. Neste caso, repise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou sobre o mercado” (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 196).

⁴¹² BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.000030/2011-50 Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data do julgamento: 14/12/2015.

⁴¹³ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 254.

⁴¹⁴ Veja-se a descrição de FRAZÃO: “Já se viu que o art. 36 da Lei n. 12.529/11 dispensa a produção concreta de efeitos anticoncorrenciais para a configuração da infração à ordem econômica, contentando-se com a mera potencialidade lesiva da conduta. A previsão decorre da dificuldade de comprovar os efeitos produzidos sobre o mercado e de se estabelecer o nexo causal entre as práticas investigadas e os resultados produzidos. De fato, mesmo em casos clássicos de cartel é extremamente complexo comprovar os danos sobre a livre concorrência, até porque a tarefa de provar que o aumento dos preços decorreu diretamente da prática ilícita é cerca de dificuldades. Além

Neste sentido, não consegue o administrado enfrentar a subsunção dos incisos do *caput* pela impossibilidade de auditar a existência de poder de mercado do qual poderia abusar, em conjunto com outros. Negando-lhe o direito de produzir prova de efeitos líquidos positivos ou de demonstrar tratar-se de delito impossível, é de rigor estabelecer como premissa central a aplicação pelo CADE da teoria *per se*, em detrimento da teoria “por objeto”.

No passado, a autoridade antitruste mantinha-se atenta a postulados do regime jurídico sancionador, adotando originalmente a metodologia da regra da razão, migrando para a regra da razão modificada⁴¹⁵, que demandam contraditório em relação à potencialidade de produção de efeitos. Isso pode ser ilustrado pela então Resolução do CADE 20/1999⁴¹⁶, ao referir-se ao envolvimento de “*parte substancial do mercado relevante*”, em diálogo com já mencionado texto do art. 20, §2º da antiga Lei 8.884/1994, que definia posição dominante. Essa questão também pode ser ilustrada na jurisprudência por seus ex-Conselheiros Fernando de Oliveira

disso, muitas vezes, os efeitos sobre o mercado só poderão ser verificados após decorrido considerável lapso temporal, o que compromete, ainda mais, a comprovação do nexo causal. Não é sem razão que, diferentemente do Direito Penal, no Direito Antitruste as infrações de perigo constituem a regra e não a exceção”. (*Ibidem*, p. 273).

⁴¹⁵ “Com o tempo, os conselheiros do CADE passaram a reconsiderar a conveniência de a administração pública (sic) assumir o ônus de provar todos os elementos necessários para basear uma condenação. Rejeitando o encargo excessivo criado pela adoção indistinta da regra da razão que dificultava sobremaneira a persecução de infrações, os conselheiros do Cade se aproximaram do parâmetro europeu em dois casos paradigmáticos, ambos julgados em 2013, que foram determinantes na forma como infrações à ordem econômica são hoje analisadas pelo Cade”. (DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César. Parâmetros de análise de infrações concorrenciais pelo Cade. *In*: DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018. p. 120).

⁴¹⁶ A Resolução definia carteis, no item 1 do Anexo I, como “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.

Marques⁴¹⁷ e Luiz Fernando Schuartz⁴¹⁸, entendimento que foi paulatinamente alterado, como alertava Martinez no início desse processo⁴¹⁹.

Franceschini e Bagnoli, entre outros⁴²⁰, indicam que a primeira importação de teorias estrangeiras ligadas à busca pela eficiência se deu por meio da teoria “por objeto”, quando do Voto-Vista proferido pelo então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, em 20 de fevereiro de 2013, no Processo Administrativo 08012.006923/2002-1818. Frazão reforça o entendimento, apontando que a decisão pacificou a adoção de presunção relativa.

Posteriormente, os Votos do Conselheiro Alessandro Octaviani Luíz e do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, de 28 de agosto de 2013, no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02, que passaram a tratar a infração “por objeto” como infração “*per se*”. Ainda, conforme se viu na citação supra a Cueva e no entendimento de Frazão, a aplicação da regra se limitava a uma técnica de análise que recorria a presunções relativas, tendo iniciado de forma restrita à apuração de carteis clássicos. Posteriormente, a jurisprudência passa a ampliar a metodologia à verificação de outras práticas⁴²¹ e como mecanismo de presunção absoluta.

⁴¹⁷ “No meu particular entender, no direito da concorrência decisões baseadas in dubio pro reo ou pro societatis, não atendem ao interesse público. É preciso considerar que as restrições impostas às liberdades constitucionais dos particulares sevem estar adstritas à legalidade o que impõe a subsunção do caso concreto à lei, e não de situações hipotéticas à lei, ou ao caso real e concreto dos autos”. (BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.012223/99-60. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffe. Data do julgamento: 04.09.2002)

⁴¹⁸ “A aplicação das leis de defesa da concorrência – e no meu entender a Lei 8.884/94 não é uma exceção – usualmente envolve o recurso a standards de prova distintos para a repressão ex post de condutas anticompetitivas e o controle ex ante das concentrações econômicas. No primeiro caso, dada a natureza sancionadora da atividade estatal e suas implicações para o administrado, uma proposição é provada quando sua verdade estiver – para me valer da expressão norte-americana – ‘acima de qualquer dúvida razoável’ (no direito brasileiro, pode-se identificar no ‘in dubio pro reo’ um equivalente para a ideia de que, nos processos sancionadores, deve-se aplicar um standard de prova mais rigoroso), ao passo que, no segundo, basta a constatação de que a proposição é ‘mais verossímil’ que a sua negação”. (BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXfWrzB7dS8bkUjm5ZUVWEEfyxyYt3ad0LJHCwxPzdrT. Acesso em: 10 jul. 2023)

⁴¹⁹ “O Brasil parece ter optado historicamente por uma regra da razão modificada: a autoridade adota presunção iuris tantum em relação à geração de efeitos anticompetitivos no mercado provocado pelo cartel, ainda que mais recentemente se note clara tendência do CADE a considerar cartéis clássicos ilícitos *per se*”. (MARTINEZ, *op. cit.*, p. 56).

⁴²⁰ DONAS; VILAS BOAS; LUCIANO JUNIOR, *op. cit.*, p. 120.

⁴²¹ Nesse aspecto, ilustrativas as discussões que chegam à conduta vertical de manutenção ou fixação de preço de revenda (popularmente chamada de “RPM”, na sigla em inglês). Conforme a ex-Conselheira Paula Farani de Azevedo, a aplicação da metodologia acaba variando a depender o julgador: “Entretanto, para além da insegurança jurídica quanto à natureza jurídica da conduta – se é do tipo “por objeto” ou “por efeito” –, a pesquisa verificou que, mesmo dentre as condutas tidas como “por objeto” o regime de análise varia a depender do julgador, inexistindo uniformidade no tratamento, o que gerou consequências díspares para condutas de uma mesma natureza jurídica. A análise dos casos permitiu verificar que, em alguns casos, o tabelamento de preços foi tratado como um “ilícito *per se*”, que, como argumentado anteriormente, é a categoria que a jurisprudência do CADE tem reservado, de modo geral, aos casos de cartel *hardcore*, em aproximação ao modelo de análise norte-americano da regra *per se*”. (AZEVEDO; BAQUEIRO, *op. cit.*, p. 152)

A consolidação da teoria resultou na substituição de substanciais discussões jurídicas por presunções econômicas, revelando uma entropia entre as categorias fundamentais de nosso sistema constitucionalista com o de *common law*, algo que parece aproximar com os alertas de Schuartz⁴²² e Frazão⁴²³ sobre a desconstitucionalização e seguinte colonização do Direito da Concorrência no Brasil⁴²⁴. É por essa razão que a doutrina majoritária afirma não haver condutas *per se* em nosso ordenamento (enquanto condutas cuja ilicitude se presume em

⁴²² “Para a compreensão do processo que Schuartz chama de ‘desconstitucionalização do Direito da Concorrência no Brasil’, é preciso fazer uma breve referência aos pressupostos da chamada Escola de Chicago e ao modo como estes foram incorporados ao discurso antitruste norte-americano e, posteriormente, ao brasileiro” (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 39).

⁴²³ “A partir daí, tais ensinamentos foram consolidados pela chamada Escola de Chicago, que pretendeu demonstrar que não existe relação direta e necessária entre concentração de poder econômico e abusividade do seu exercício (...). A busca pela eficiência deveria ser, portanto, o único objetivo do Direito Antitruste, orientação que passou a ser predominante nos anos 1980 (...). Apesar de tal postura basear-se em presunções extremamente simplificadas e duvidosas, o sucesso que obteve no contexto norte-americano acabou se projetando sobre o Brasil, que importou sem maiores ressalvas as novas concepções e metodologias. Segundo Schuartz, houve verdadeira colonização do Direito da Concorrência nacional, tornando-o consequencialista no seu sentido mais absoluto, como se verifica por suas palavras: O uso intensivo, direto e indireto (via apropriação de proposições dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, sobretudo as norte-americanas), da economia antitruste na solução de problemas jurídicos revolucionou o direito de defesa da concorrência no País. Mais do que isso: não há no direito brasileiro exemplo análogo de colonização, por uma teoria originalmente extrajurídica, dos programas normativos e argumentativos substantivos utilizados enquanto premissas nas atividades de interpretação e aplicação do direito. Esta revolução discreta e silenciosa operou em diversos níveis, mas é sem dúvida no nível metodológico que se encontram seus impactos mais radicais e ricos em implicações teóricas”. E arremata: “O efeito mais deletério de todo esse processo, como já se adiantou no início do capítulo, foi o distanciamento do Direito da Concorrência nacional das discussões mais substantivas de natureza constitucional, as quais foram eclipsadas pela metodologia econômica que passou a ser dominante”. (FRAZÃO, *op. cit.*, p. 41).

⁴²⁴ Processo esse que a doutrina alerta com inquietação, porém é atualmente reconhecido e acolhido pelo CADE, de forma expressa, sem constrangimento. É o que ilustra o Voto da então Conselheira Polyana Vilanova, proferido em 15 de dezembro de 2017, no Processo Administrativo nº 08700.000625/2014-08, envolvendo o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Estado do Rio Grande do Norte – Sindipostos e outros, vide item 81: “Adianto que não pretendo aqui constitucionalizar a análise concorrencial, o que tenderia a gerar enorme insegurança jurídica. Reconheço e destaco que a análise jurídica realizada pelo CADE, mais fortemente apoiada na teoria e no instrumental econômicos, bem como suportada pela experiência internacional, garantiu um nível de previsibilidade e de foco na melhoria do funcionamento dos mercados que, sem dúvida, colabora para o desenvolvimento nacional. Alterar essa metodologia seria um claro retrocesso”.

absoluto), vide Franceschini e Bagnoli⁴²⁵, Salomão Filho⁴²⁶, Martinez⁴²⁷, Frazão (conforme já demonstrado), Pereira Neto e Casagrande⁴²⁸, Forgioni⁴²⁹, Cordovil⁴³⁰ e Marrara⁴³¹.

Em decisão de outubro de 2022, a Quarta Turma do STJ, em processo sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão⁴³², proferiu decisão no chamado “Cartel do Suco de Laranja”. A ação judicial envolveu discussão de prescrição no contexto da celebração de Termo de Compromisso

⁴²⁵ “Portanto, a análise de efeitos, como se diz, não é necessária para que haja uma presunção de ilicitude em princípio, mas uma presunção sujeita à prova em contrário, necessária, aí sim, à condenação. O parágrafo transcrito é de alta importância para análise concorrencial, uma vez que o legislador não tipificou na Lei Concorrencial condutas anticoncorrenciais senão de forma anormal, ou seja, recorrendo à Ciência Econômica para sua integração. Nesse sentido, não se pode admitir à luz da Lei concorrencial infrações *per se* (...), mesmo porque tal entendimento seria refratário aos princípios constitucionais pétreos da ampla defesa e da presunção de inocência”. (Vide FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 429).

⁴²⁶ “É a análise dos requisitos e hipóteses de ilicitude dos referidos acordos que se dedicarão os próximos tópicos. A referência a hipótese de ilicitude é proposital. É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não-tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira pelo (sic) correlação necessária importa pelo art. 20 da lei concorrencial brasileira entre as condutas descritas no art. 21 e os efeitos descritos no art. 20” (SALOMÃO FILHO, *op. cit.* p. 263). Nesse contexto, vale novamente o esclarecimento de que as referências aos dispositivos normativos se voltam à Lei nº 8.884/94, reproduzidos com idêntica lógica no art. 36 da Lei nº 12.529/2011 em comentário.

⁴²⁷ “Nesse contexto [da interpretação normativa voltada à maximização do bem-estar social], parece-nos que, para sistemas jurídicos codificados (civil law), a solução de regra da razão com a inversão do ônus da prova, que pode ser considerada como uma via intermediária entre a regra *per se* e a regra da razão, é a mais adequada ao sistema de justiça. Hoje já há consenso sobre os efeitos deletérios que os cartéis causam no mercado, mas a mera existência de um acordo para fixar preços não deveria ser suficiente para configurar sua ilicitude”. (MARTINEZ, *op. cit.*, p.58)

⁴²⁸ “Assim, em casos de infrações por objeto (as quais são excepcionais), há presunção *iuris tantum* de que a conduta gera os efeitos prescritos em lei, e, portanto, uma vez comprovada a sua existência pela autoridade, cabe ao administrado demonstrar que tais efeitos não se verificam (ou sequer poderiam se verificar) no caso concreto, a fim de afastar eventual caracterização de ilicitude. Em qualquer hipótese, uma vez demonstrada a completa inexistência de efeitos, ou a falta de plausibilidade de sua produção *prima facie*, a infração deve ser desqualificada, e a conduta absolvida. Caso contrário, a presunção relativa seria transformada em uma presunção absoluta, em clara violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, *op. cit.*, p. 98).

⁴²⁹ “No Brasil, não há ‘infração *per se*’, pois as condutas do §3º, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo *caput* do art. 36. (...) Igualmente, prática não prevista expressamente no §3º do art. 36, caso restritiva da concorrência, será considerada ilícita, bastando, para isso, a comprovação da incidência do *caput* do art. 367.”. (FORGIONI, *op. cit.*, págs. 133-134).

⁴³⁰ CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et. al.]. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.108.

⁴³¹ “A infração contra a ordem econômica encontra-se em uma norma permeável a um número infundável de comportamentos. O ato infrativo não tem forma nem conteúdo predeterminados. (...) O fechamento do desenho infrativo não se realiza, portanto, na forma e conteúdo do ato. E, por isso, em um primeiro olhar, o exame do texto legal levaria a crer que a definição da infração feriria o princípio da *lex certa*. Essa impressão somente é superada ao se examinar de modo mais aprofundado o sistema punitivo da LDC. Ao fazê-lo, observa-se que não há completa discricionariedade do administrador na identificação das infrações nem tampouco ausência total de previsibilidade do administrado quanto aos tipos ilícitos e, por conseguinte, puníveis. O que salva, por assim dizer, a definição legal da infração concorrencial é a exigência de danos atuais ou potenciais vinculados à conduta (sob qualquer forma manifestada). (...) Do ponto de vista técnico, a previsão de uma lista de condutas é questionável, dado que não existe ilícito *per se* no sistema concorrencial brasileiro”. (MARRARA, *op. cit.*, págs. 207-208).

⁴³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.971.316-SP (2021/0348275-3), Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de julgamento: 25/10/2022.

de Cessação sem reconhecimento de culpa na formação de cartel. Acessoriamente, ao discutir a ciência acerca da conduta, a decisão ressalva que “a revelação do cartel (...) não induz, necessariamente, à afirmação de ocorrência dos danos individuais”, bem como registra a oposição da doutrina à teoria *per se*.

O Ministro cita Ivo Gico Júnior ao mencionar a já mencionada tese de que carteis seriam razoavelmente não associáveis a eficiências, mas pondera, em referência a Salomão Filho e Taufick, que deve aplicar-se a regra da razão, sendo a ilegalidade *per se* inadmissível no direito antitruste. Nesse sentido, fixa que: “é lição da doutrina que, dada sua complexidade, a análise das infrações à ordem econômica exige apuração holística e não conspiratória sobre os agentes econômicos e sempre orientada pelo princípio da razoabilidade”.

Ainda que não seja o tema principal da decisão e não se possa afirmar tratar-se de posição resolutiva, pode-se entender que o STJ ofereceu sinalização contrária à adoção de presunções absolutas pelo CADE, mesmo em casos de cartel.

Vê-se que a doutrina majoritária rejeita a adoção de presunção absoluta na avaliação dos elementos objetivos do tipo infracional. Aderimos a essa posição, compreendendo como elementos do tipo objetivo o *ato* (materialidade e autoria) e os *efeitos*, sem cabimento de presunção absoluta.

Contudo, fica claro que a questão está distante de um consenso, mormente em razão da jurisprudência do CADE quanto à matéria. Dessa forma, o estudo adiante sobre o elemento subjetivo se dará abordando ambas as perspectivas, buscando avaliar em que medida cada teoria dialoga com as propostas de influência do princípio da culpabilidade acima expostas. Ou seja, é necessário verificar se ambas as teorias são compatíveis com a noção de culpa normativa e autorresponsabilização da pessoa jurídica.

4.2 O elemento subjetivo do tipo: independentemente de culpa

O *caput* do art. 36 aponta que as infrações à ordem econômica são configuradas *independentemente de culpa*. A mesma expressão é utilizada no Código Civil para situações de responsabilidade objetiva, como se vê nos arts. 927, parágrafo único, e 931.

Por esta razão, o CADE e parte da doutrina entendem, sem maiores comentários, pela aplicação da responsabilidade objetiva na apuração de infrações à ordem econômica. Nesse sentido, ilustrativa a doutrina de Aragão⁴³³ em doutrina geral. Em doutrina especializada, vale

⁴³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 464.

menção a Bagnoli⁴³⁴ e reproduzir as descrições de Marrara e Martinez, que bem demonstram a relação entre a adoção da responsabilidade objetiva e o princípio da eficiência⁴³⁵:

De outro, prescinde-se do elemento subjetivo ou volitivo do infrator em relação à conduta quando o acusado seja pessoa física agindo em nome próprio (art. 37, II) ou pessoa jurídica com ou sem atuação direta no mercado (art. 37, I ou II). Emprega-se, nessas hipóteses, uma técnica de responsabilização objetiva, que torna o exercício da função repressiva pelo CADE muito mais simples e menos custosa em termos de prova. Esse benefício que o modelo de responsabilidade objetiva confere à autoridade pública não é injustificado. O afastamento do exame de culpa ou dolo encontra explicação tanto na natural complexidade das infrações concorrenciais quanto na dificuldade de se verificar a real intenção de pessoas jurídicas, principais figurantes do controle repressivo.

Ainda⁴³⁶:

Ao prever o tipo de conduta sujeito à repressão estatal, a lei estipula no *caput* do artigo 36 que a configuração do ilícito independe de culpa, caracterizando, portanto, responsabilidade objetiva. Ao tratar em seu artigo 37, III, das sanções ao administrador ‘direta ou indiretamente responsável pela infração cometida’, a Lei 12.529/2011 inovou ao exigir a comprovação de culpa ou dolo para autorizar a caracterização do ilícito, configurando, portanto, hipótese de responsabilidade subjetiva, em linha com o artigo 158, I, da Lei 6.404/1976. (...) A consequência prática da introdução do requisito do dolo ou culpa para pessoas físicas é reduzir o número de indivíduos representados nas investigações administrativas, o que invariavelmente contribuirá para a maior celeridade do processo administrativo (...). É, assim, possível impor condenação à pessoa jurídica, que carrega responsabilidade objetiva, mesmo que não seja possível configurar dolo ou culpa por parte das pessoas físicas.

Conforme exposto nos capítulos anteriores, a aplicação da responsabilidade objetiva implica diversos desdobramentos e perplexidades, encontrando desafios de difícil transposição. Nesse sentido, destacam-se, entre outros, Frazão⁴³⁷ e Franceschini⁴³⁸. Além disso, conforme exposição supra acerca dos modelos de responsabilização da pessoa jurídica, a responsabilidade

⁴³⁴ “Segundo Bagnoli, esses mesmos conceitos foram recepcionados pela Lei Concorrencial, ramo da Ciência Jurídica que, em seu entender, integra a seara do Direito Econômico. Assim, a Lei 12.529/2011, como também já havia adotado a Lei 8.884/1994, para ele, sustenta a responsabilidade objetiva, sem culpa, portanto, no caso da pessoa jurídica (...)” (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, 467).

⁴³⁵ MARRARA, *op. cit.*, p. 211.

⁴³⁶ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 145.

⁴³⁷ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 263

⁴³⁸ Cumpre lembrar que Franceschini compreende o Direito Concorrencial como ramo do Direito Penal-Econômico, adotando postura distinta da que aqui se acolhe: “Para Franceschini, todavia, a diante da natureza penal-econômica da Lei Concorrencial, não se poderia olvidar da vinculação dos julgados do Cade ao postulado da responsabilidade subjetiva. E mais: as infrações à ordem econômica não são apenas dolosas, mas também de resultado, dotadas de elemento subjetivo do injusto e que admitem tentativa. É inconteste o texto literal do referido art. 36, *caput*, da Lei Concorrencial que reconhece a caracterização da infração à ordem econômica, independentemente de culpa (...). Para Franceschini, o preceptivo, todavia, não se sustenta com a interpretação literal restritiva, mas há de ser lido de forma sistemática, de modo a integrá-lo no sistema jurídico pátrio, em especial à Constituição Federal, cujo art. 173, §4º, exige, no núcleo do tipo, a presença do dolo, ainda que eventual” (FRANCESCHINI; BAGNOLI, *op. cit.*, p. 46).

autônoma de pessoas jurídicas melhor se acomoda na lógica da responsabilidade subjetiva desses entes coletivos, desde que mediante critérios próprios e adequados a esse contexto.

Demonstrou-se que o dano é elemento estrutural da responsabilidade objetiva, estabelecida a partir do nexo causal entre ele e uma situação juridicamente normatizada. Nesse esteio, qualificou-se a responsabilidade objetiva como técnica de socialização de prejuízos, cujo ato ilícito se caracteriza de forma ampliada, pela causação de um dano injusto – assim considerado justamente pela imputação normativa do ônus de sua reparação – melhor definido, portanto, como fato ilícito. Ainda, demonstrou-se que essa lógica de caracterização do ilícito não cabe no regime repressivo, já que não se pode ampliar o conceito de ato ilícito pela imputação normativa de uma punição.

Explicou-se também que a doutrina majoritária entende ser incompatível a responsabilidade objetiva para fins de punição já por sua finalidade e fundamento. Enquanto técnica de socialização de prejuízos, sustenta-se a responsabilidade objetiva na vítima, que não deve suportar sozinha o ônus de um dano considerado injusto. De outro lado, a punição encontra fundamento na reprovabilidade positivada da conduta do autor. Considerando que um Estado de Direito Democrático pressupõe como função da punição a geração de efeitos dissuasórios sobre condutas reprováveis juridicamente, torna-se sem propósito uma punição que considere apenas a provocação de uma situação jurídica, sem supedâneo na reprovabilidade de uma conduta passível de reorientação.

Mediante fundamento em doutrina, expôs-se que a responsabilidade objetiva não se confunde com as teorias de presunção de culpa, já que há elementos outros que também são excluídos da responsabilidade objetiva que a tornam incompatível com o regime repressivo. Chegou-se, assim, à premissa de que a responsabilidade objetiva é de ser rechaçada no regime repressivo, devendo-se a expressão *independentemente de culpa* no *caput* do art. 36 ser interpretada de maneira diversa.

O desafio que se coloca é encontrar a interpretação que conduza a um ponto ótimo entre as garantias fundamentais, objeto protagonista da discussão principiológica acima retratada, e o princípio da eficiência, que permeia o Direito da Concorrência em toda sua extensão.

Nesse contexto, vale a remissão à já citada ponderação de Oliveira e Grotti, no que tange à influência do pragmatismo (como expoente do princípio da eficiência) sobre o Direito

Administrativo Sancionador e consequente desafio de equilíbrio⁴³⁹. Essencialmente, trata-se, então, de explicar como, especificamente no ambiente das infrações à ordem econômica, pode-se buscar o equilíbrio entre a devida eficiência na apuração dessas infrações e as garantias aos direitos individuais.

Seguindo sucintamente essa lógica, Frazão explica que a responsabilidade objetiva, enquanto técnica de socialização de danos, está atrelada a uma discussão finalista, orientada pela necessidade de se assegurar a reparação de danos para que não sejam suportados exclusivamente pela vítima. No caso do regime jurídico punitivo, a Constituição da República impõe diversos limites e condicionantes que se mostram incompatíveis com a responsabilização objetiva por infrações à ordem econômica, mormente pela abertura indevida ao arbítrio. Nas palavras da autora⁴⁴⁰:

Por outro lado, considerando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmensurado e ininteligível, dando margem ao arbítrio.

A autora ensina que se deve entender a expressão como independentemente da culpa em seu sentido tradicional, enquanto elemento psicológico do agente infrator. Daí que defende o cabimento da mencionada culpa normativa, na qual o elemento subjetivo da tipicidade é presumido relativamente a partir da existência dos elementos objetivos do tipo, sem que se abra mão, contudo, da culpabilidade enquanto elemento objetivo do delito⁴⁴¹:

Dessa maneira, há apenas duas formas de se interpretar a expressão ‘independentemente de culpa’, em conformidade com os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo Sancionador: ou se entende que poderia haver responsabilidade objetiva para outros fins que não a punição – como a imediata cessação da conduta –, ou se entende que, ao assim prever, a Lei Antitruste afasta a necessidade da comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e evitabilidade dos efeitos da conduta –, mas não à demonstração da reprovabilidade da conduta, ou seja, da chamada ‘culpa normativa’. A questão pode ser resolvida, portanto, com a interpretação do dispositivo

⁴³⁹ “O Direito Administrativo Sancionador também agasalha, na sua substância, o predicado de ser uma ordem jurídica parcial da atividade do Estado e, logo, está irremissivelmente engatilhado a instrumentalizar a ótima realização de interesses públicos. Inobstante, a contraface desta funcionalidade própria está na necessidade desta ordem jurídica parcial concomitantemente assegurar, no seu terreno, os direitos e garantias constitucionais e legais, seja na formulação do seu próprio âmbito legal e regulamentar, seja na implementação ou realização concreta do seu regramento. As dicotomias “prerrogativas públicas v. direito dos administrados”, “autoridade v. liberdade”, se ainda auxiliam na descrição do status jurídico-administrativo normativo, fazem-no pela evocação ou demonstração do necessário equilíbrio que as engrenagens do DAS devem atingir na sua operatividade”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.* p. 103)

⁴⁴⁰ FRAZÃO *op. cit.*, p. 263.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 263.

legal em conformidade com os princípios constitucionais pertinentes, os quais exigem que apenas condutas ilícitas e reprováveis possam ser objeto de punição pelo Estado.

A culpa normativa, conforme antecipado, parte de um conceito de culpa enquanto fenômeno social, observada por padrões objetivos colhidos da conduta praticada no plano fenomênico. No mesmo sentido explica Costa-Cabral⁴⁴², que diferencia a percepção da intenção sob a perspectiva psicológica individual (“*state of mind*” ou “*mentalist*”) e a perspectiva social (“*folk psychology*”). Trata-se da verificação do elemento objetivo e, a partir dele, da presunção normativa do elemento subjetivo do tipo, em benefício do elemento da culpabilidade objetiva (que reside fora da tipicidade e não é afetada pela presunção relativa da culpa).

Como resultado, evita-se o prejuízo à eficiência decorrente dos mencionados subjetivismos sem perder-se de vista a proteção do cidadão contra a arbitrariedade e a legitimidade da atividade punitiva do Estado⁴⁴³. Para cumprir com tal objetivo, a presunção relativa do tipo subjetivo demanda um elemento essencial, bem explicado no pensamento de Salomão Filho e Costa-Cabral, o racional econômico.

Enfrentando o que chama de “dilema do direito antitruste entre efeitos e elemento intencional”, Salomão Filho coloca de um lado uma visão baseada na maximização da eficiência e, de outro, uma valorização do bem jurídico “*concorrência*”. Entende, ademais, em linha ao pensamento supramencionado de Franceschini, que a Constituição Federal privilegia a adoção de elemento volitivo ao adotar a expressão “que vise”, do que resulta a necessidade de uma leitura simbiótica dos dois elementos do tipo infracional (por objeto ou por efeitos)⁴⁴⁴: “Assim, a lei só pode ser interpretada no sentido de que, no ambiente econômico, a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa”.

⁴⁴² “When the Court uses subjective expressions such as ‘aims’, ‘intention’, ‘objectives’, etc. with no further definition, it appears to give them the same meaning they have in normal, everyday situations. These so-called ‘mentalist’ expressions betray the use of ‘folk psychology’, which is the way people understand, explain and predict the behaviour of other people. People distinguish between intentional and unintentional actions, with pervasive social consequences in relation to helping behaviour, aggression, relationship conflict, and judgments of responsibility, blame or punishment. (...) It must be underlined that ‘folk psychology’, namely the interpretation of the intention behind an action in terms of beliefs and desires, is an empirically-proven phenomenon”. (COSTA-CABRAL, *op. cit.*, p. 20)

⁴⁴³ FRAZÃO, *op. cit.*, págs. 266-267.

⁴⁴⁴ “Essa alternância de critérios da lei tampouco significa que essa quis alargar a abrangência do controle de condutas. Não significa – e nem poderia significar – que o legislador quis utilizar dois critérios diferenciáveis no tempo: um a ser pesquisado quando da realização do ato (intenção), e outro depois (efeito). Isso tornaria, em princípio, a aplicação das regras sobre conduta eterna e incerta. Ademais, isso tornaria a lei incompatível com a Constituição, que, claramente, optou por considerar ilícito aquele ato intencional que vise a um objetivo predeterminado e anticoncorrencial”. (SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 95)

O autor ressalta a aproximação da leitura acima à teoria finalista do Direito Penal, em que essa relação simbiótica entre os elementos objetivo e subjetivo do tipo permite que de um se extraia elementos para caracterização do outro.

Essa relação se traduz no aferimento de um comportamento econômico racional, que vincula um objetivo anticoncorrencial ao perigo de lesão ao bem jurídico, mediante um critério de aferição da responsabilidade subjetiva próprio de pessoas jurídicas⁴⁴⁵:

A compreensão da influência dos efeitos potenciais sobre o mercado no raciocínio e no planejamento do agente econômico racional faz com que o estudo das intenções mude inteiramente de figura. Perde totalmente seu ranço subjetivista, que torna sua aplicação geralmente incerta e abstrata. Não se trata mais de perquirir a vontade dos diretores da empresa, mas sim qual o plano empresarial da sociedade. É o plano da empresa, revelado por contratos, atos e reações práticas, que distingue sua intenção. Isso, por seu lado, dá sustentação à aplicação das sanções à pessoa jurídica. A responsabilidade administrativa da pessoa jurídica aperfeiçoa-se e ganha consistência lógica.

A nosso ver, na teoria da culpa normativa, a presunção relativa do elemento subjetivo do tipo é bem balizada quando sustentada pelo racional econômico da empresa a partir de eventual estratégia comercial, no contexto econômico do mercado, que traga efetivamente potencial lesivo à concorrência.

Toda a estrutura descrita até aqui, desde as bases lógicas até essa proposta de solução, é reproduzida também nas premissas de Costa-Cabral⁴⁴⁶, em elucidador estudo sobre a jurisprudência comunitária europeia e a relevância da intenção na configuração de infrações antitruste nessa jurisdição.

O estudo demonstra que, embora haja certa resistência por parte da Comissão Europeia em reconhecer expressamente, a intenção é elemento essencial às infrações à ordem econômica, principalmente nas chamadas infrações por objeto.

Nesse sentido, o autor inicia adotando uma distinção entre intenção enquanto conceito normativo e enquanto conceito interpretativo, privilegiando o entendimento da intenção como “uma decisão de agir legalmente relevante de um empreendimento baseado em suas crenças e desejos”⁴⁴⁷. Essa intenção seria apurada com base num critério de “postura intencional”⁴⁴⁸, que assume que uma entidade possui uma racionalidade que governa suas ações. Essa racionalidade

⁴⁴⁵ SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁴⁶ COSTA-CABRAL, Francisco. **Intent in EU Competition Law: The Judicial Assessment of Anti-Competitive Strategies**. 2014. Disponível em [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/intent-in-eu-competition-law\(2d6172dd-fddc-47eb-859c-f27961e4e738\).html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/intent-in-eu-competition-law(2d6172dd-fddc-47eb-859c-f27961e4e738).html). Acesso em: 15 mar. 2023.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p.15.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p.23.

no contexto de condutas anticompetitivas seria justamente a racionalidade econômica, a qual, por sua vez, seria apurada de acordo com essas “crenças e desejos” à medida que associáveis a estratégias econômicas “críveis”⁴⁴⁹. Sobre a “postura intencional”, nas palavras do autor⁴⁵⁰:

The advantages of the ‘intentional stance’ have been exemplified by Dennet with computer chess programs: the ‘physical stance’ could be used for their electronic functioning, or the ‘design stance’ for their lines of code, but it is much easier to interpret the moves of a computer chess program by treating it as a rational agent who knows how to play and wants to win.⁶⁰ The ‘intentional stance’ has been recognised to apply to natural and legal persons, which under the case law can constitute undertakings if engaged in economic activity.⁶¹ Therefore, it is a small step to apply the ‘intentional stance’ also to undertakings.

Importante destacar a aplicabilidade do conceito de “postura intencional” a pessoas naturais e jurídicas, servindo de modo complementar à teoria de defeito de organização, que se completa com o elemento do racional econômico⁴⁵¹. A base para a noção de “postura intencional” é tratar os agentes como racionais, o que muito esclarece sobre a estrutura do delito em relação ao âmbito criminal, mesmo em outras jurisdições, e sobre o papel das ciências econômicas, tanto no que tange à sua necessidade para elucidação dos demais elementos objetivos do tipo quanto em sua limitação a essa função integrativa⁴⁵².

A partir desses elementos, o autor atinge resultado muito similar ao exarado pela doutrina nacional: a intenção é elemento lógico necessário à constituição de infração à ordem econômica, porém sua apuração difere da sistemática penal clássica, fugindo de fatores psicologizantes em favor de fatores objetivamente extraíveis de uma conduta. No caso, chegam a território comum: a partir de uma conduta capaz de gerar efeitos anticompetitivos, avalia-se se essa conduta também resulta de um racional econômico anticompetitivo crível, a partir do qual se possa presumir relativamente essa intenção.

Resta saber, ao final, se é cabível constitucionalmente essa presunção do elemento subjetivo no que concerne ao princípio da segurança jurídica e vedação ao arbítrio, também em linha ao problema anunciado por Frazão quanto à inteligibilidade de uma infração típica que

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p.19.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p.24.

⁴⁵¹ “The interpretation of agreements and abusive conduct, in particularly strategies, involves an ‘intentional design’: the designed purpose can only be discerned by applying the ‘intentional stance’.” (COSTA-CABRAL, *op. cit.*, p. 33).

⁴⁵² “The essence of the ‘intentional stance’ is to treat agents as rational. Considering that undertakings are defined in relation to their economic activity, this naturally involves the consideration of economic rationality. Some anti-competitive strategies may only be understood in light of economic rationality, not conventional rationality, for example the usefulness of below-cost pricing for harming competitors. This may require the use of economic science, the same way that criminal law resorts to psychology in order to establish some states of mind”. (COSTA-CABRAL, *op. cit.*, p.27.)

ponha freios ao arbítrio estatal. Nesse contexto, ganham relevância as teorias de infração “per se” (de presunção absoluta), “por objeto” (de presunção relativa) e pela “regra da razão” explicadas supra.

Como visto, essas teorias oferecem ferramentas à autoridade antitruste para estabelecer conceitos e presunções econômicas com propósito integrativo à interpretação jurídica, chegando ao ponto de alterar a estrutura dos delitos. As teorias da “regra da razão” e de infração “por objeto” mantêm a estrutura das infrações econômicas como de perigo⁴⁵³, chegando no máximo a estabelecer uma presunção relativa de efeitos mediante inversão do ônus da prova, na qual uma conduta com objetivo espúrio será tida como ilícita salvo se demonstrada a ausência de efeitos potenciais ou a presença de eficiências líquidas.

São relevantes os desdobramentos dessa proposta de matização, em específico, para o Direito Concorrencial: a presunção relativa de efeitos decorrentes de determinadas condutas, consubstanciada na inversão do ônus da prova ao administrado, e a presunção relativa do elemento subjetivo, a partir do elemento objetivo e da verificação de racional econômico, do tipo ilícito.

Tais considerações parecem dar espaço à teoria da infração “*por objeto*”, ao modelo Europeu⁴⁵⁴, na medida em que visam ao equilíbrio entre o princípio da eficiência e a garantia de direitos fundamentais, encontrando coerência frente aos elementos estruturais da teoria do ato administrativo.

Já a regra “per se” estabelece uma presunção absoluta, bastando a materialidade do tipo, aproximando-se da infração formal, já que ilícita pelo próprio objetivo do autor ao adotar a conduta descrita na norma, algo que encontra eco na lição de Costa-Cabral⁴⁵⁵. Mais que isso, a

⁴⁵³ Nesse sentido, é didática a assertiva de Amorim: “A teoria da ilicitude pelo objeto, entendida como um standard interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao Administrado, não se confunde com a regra per se – que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência. Assim, afasta-se a alegação de “condenação sem efeitos” no caso de condutas ilícitas pelo objeto, já que teria sido a própria empresa condenada que não foi capaz de demonstrar que o objeto da prática era dotado de uma racionalidade econômica lícita. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero “regra da razão”, com legitimidade oriunda nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011. (AMORIM, *op. cit.*, p. 97).

⁴⁵⁴ “It is appropriate to speak of error of over- and under-inclusion when one type of error is more important than another. That is the case of criminal law, where the presumption of innocence expresses a concern to avoid errors of over-inclusion. This concern is also present in US antitrust, where wrong applications are feared to chill competition. Although it is unclear if the same concern has been formalised in EU competition law (beyond criminal law guarantees), its soundness is generally acknowledged. What is clear is that it is not useful to speak of formalism in relation to the optimal enforcement of EU competition law. (COSTA-CABRAL, *op. cit.*, p.57).

⁴⁵⁵ When behaviour is automatically considered anti-competitive by the operation of certain rules, as the per se abuses referred, many facts of the particular case are by definition omitted from consideration. If such facts prove to be relevant for the behaviour’s competitive character, there is indeed formalism. This opens the discussion on whether such rules are appropriate [...]” (COSTA-CABRAL, *op. cit.*, p.54).

presunção se dá de forma absoluta, sem a necessidade de apuração de racional econômico e contexto no qual se teria se perpetrado a conduta.

Ainda que, conforme visto, haja viva discussão doutrinária sobre a interpretação da expressão “por objeto” contida no *caput* do dispositivo em comento, é de se reconhecer que cada interpretação afeta o cabimento da teoria proposta. Se a expressão permitir o acolhimento da teoria “per se”, as infrações sob essa ótica passam a ser apuradas como infrações formais.

Rememorando-se a lógica dessa classificação, nesse caso, torna-se ininteligível presumir a culpa do agente econômico a partir de um resultado presumido em absoluto, já que, como se viu no esteio das lições de Junqueira e Vanzolini, os delitos formais são aqueles em que o tipo descreve um resultado “*apenas no âmbito da tipicidade subjetiva*”⁴⁵⁶. Isto é, a partir da finalidade do agente ao adotar certo comportamento que se apura o resultado como elemento objetivo do tipo. A depender do objetivo do agente diante do emprego de um mesmo comportamento pode a infração ser atípica ou enquadrável em tipo diverso.

Se esse tipo de delito é reprovável pelo mero emprego dos meios definidos para perseguir a finalidade descrita normativamente, a avaliação da presença do resultado descrito no tipo se dá a partir da intenção, não inverso. Se os efeitos são presumidos em absoluto, o racional econômico também o é. Tratando-se de presunção que extrapola os limites propostos pela teoria de culpa normativa em comento, vê-se que são propostas incompatíveis e imiscíveis.

O impacto da metodologia de análise por objeto na culpabilidade do agente infrator é percebido na doutrina especializada nacional na lição de Ribas⁴⁵⁷:

A incidência da responsabilidade objetiva vem sendo aceita sem maiores debates na jurisprudência do CADE. Na doutrina, contudo, prevalece o entendimento, com o qual se concorda, de não ser possível afastar a culpabilidade por tratar-se de princípio constitucional, ao menos naquelas hipóteses em que se leva em consideração a ‘intenção’ do agente (conduta por objeto).

Para além da responsabilidade objetiva, como visto, ao adotar a responsabilidade subjetiva mediante teoria de presunção de culpa (enquanto elemento subjetivo do tipo), infrações formais à ordem econômica se tornariam ininteligíveis.

Isso porque a estrutura lógica do delito formal insere o resultado no elemento subjetivo do tipo. A presunção de ambos, notadamente em tipos infracionais marcadamente abertos, tornaria as infrações à ordem econômica indevidamente abertas à arbitrariedade, as distanciaria a ação estatal da tutela do bem jurídico constitucionalmente eleito ou, no mínimo, conforme

⁴⁵⁶ JUNQUEIRA, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁵⁷ RIBAS, *op. cit.*, p. 50.

doutrina nacional⁴⁵⁸ e estrangeira⁴⁵⁹, tornaria ineficiente a atuação estatal. Nesse sentido, relembre-se que a doutrina majoritária rechaça a existência de delitos formais no âmbito concorrencial.

A presunção do elemento subjetivo do tipo encontra, pois, limitação na manutenção da espécie de infração como material e de perigo, sendo no mínimo necessária a verificação racional econômico e de perigo, ou seja, na existência de efeitos potenciais decorrentes da conduta comercial do agente. Dito de outra maneira, se adotada a interpretação de que a ilicitude advém da finalidade pretendida pelo agente com certo comportamento capaz de gerar tais efeitos, essa finalidade é de ser apurada – sob o devido contraditório e a partir da análise do mercado – e não presumida em absoluto.

A teoria da culpa normativa encontra cabimento na apuração de infrações que demandem a apuração da existência racional econômico e de perigo, como resultado passível de verificação objetiva decorrente da conduta perpetrada. Portanto, é cabível apenas às infrações apuradas sob a regra da razão ou, no limite, sob a teoria da infração por objeto (presunção relativa), que permitem o contraditório e a prova em sentido contrário quanto aos efeitos previstos na lei.

Em termos pragmáticos, a aplicação desse esquema teórico tende a elevar o padrão probatório do CADE quanto à reprovabilidade da conduta pela potencialidade de efeitos, bem como abre espaço para excludentes de culpabilidade – como a inexigibilidade de conduta diversa resultante de regulação setorial ou exercício regular de direito⁴⁶⁰ –, possibilitando o uso de ferramentas há muito disponíveis na teoria jurídica, tanto em teoria geral quanto em direito penal e administrativo, na solução de sofisticados problemas concorrenciais.

Tal como faz a Comissão Europeia, conforme enuncia Costa-Cabral, o CADE seguiria buscando documentos internos dos agentes econômicos que demonstrem a materialidade da

⁴⁵⁸ É a anedota que Martinez chama de “*o dilema dos padeiros*”, na qual dois padeiros acordam em fixar o preço do pão francês em R\$ 5,00 em um bairro com centenas de padarias, em que o preço desse mesmo pão varia entre R\$ 0,15 e R\$ 0,20. Formalmente, o ajuste entre concorrentes com objetivos espúrios ocorreu, mas em momento algum tal prática ofereceu qualquer perigo à livre concorrência, haja vista que “*o único efeito esperado desse acordo é a perda de clientela por parte dos dois padeiros*”. Nesse contexto, explica: “A sociedade estaria melhor ou pior com essa persecução? Inequivocamente pior: por conta de uma conduta sem quaisquer efeitos lesivos (ainda que potenciais), a persecução dispende recursos – públicos e privados, que são, por natureza, escassos –, sem qualquer ganho compensatório ao consumidor. Os preços continuarão os mesmos, a despeito do que venha a acontecer com os padeiros”. (MARTINEZ, *op. cit.*, p. 59).

⁴⁵⁹ “It is interesting to note is that such claims have been levelled, not at the use of intent, but of effects. Thus, Whish and Bailey illustrate the existence of per se abuses with the case law on rebates.²⁵⁸ The case law is described as having ‘developed along formalistic lines’.²⁵⁹ Hence, the per se abuse would be over-inclusive, and capture pro-competitive effects.” (COSTA-CABRAL, *op. cit.*, p.60).

⁴⁶⁰ FRAZÃO, *op. cit.*, págs. 272-273.

conduta e esse processo decisório (“*design stance*”, nas palavras do autor) – padrão que restaria inalterado com a aplicação da referida teoria. As mudanças no processo de apuração do CADE, nos parece, ocorreriam principalmente na avaliação dos objetivos de determinados comportamentos comerciais frente às condições de mercado. Isto é, o CADE teria de se submeter a um efetivo contraditório na apuração da racionalidade econômica dos agentes econômicos, não podendo manusear esse conceito de forma unilateral, tal como ocorre com a escolha das teorias de análise⁴⁶¹.

Costa-Cabral deixa claro que essa não é uma preocupação exclusivamente brasileira. O autor demonstra uma série de contradições presentes na jurisprudência europeia⁴⁶², à semelhança do que se previne na jurisdição brasileira, e revela que, no útil, trata-se de um indevido alargamento do que chama de “*uso discricionário da intenção*”, em tradução livre⁴⁶³:

The case law that undertakings’ intent is not necessary factor but can be taken into account may seem like a clever way to admit a discretionary use of intent. It has certainly proven useful whenever the Court wants to reject the legal relevance of certain intent without engaging in much reasoning. Moreover, a limited role of intent also plays to the tests of effects on which an infringement might depend (in addition to intent which is contrary to the principles of EU competition law). However, expressed as it is, this case law undermines the conceptual foundation of anti-competitive behaviour as reflecting undertakings’ intent and rationality. The reading of such case law should thus be limited to the (also misguided) identification between intention and internal evidence of a ‘state of mind’. This will also settle the debate over ‘objective’ and ‘subjective’ intent. As detailed in the chapter corresponding to collusion, restrictions of competition and abuse of dominance, whenever the Court considers what undertakings agreed upon or how they act on the market, it can be said to look at intent.

⁴⁶¹ Essa indevida liberdade e seu consequente impacto na segurança jurídica é bem trabalhada por Amorim, conforme supramencionado. Nesse interim, destaca-se o Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no Processo Administrativo 08012.007011/2006-97. (HAPVIDA Assistência Médica Ltda e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data do Voto: 24.04.2017: “a negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências, e entendo que isso deve ser considerado pela autoridade antitruste, utilizando-se, pois, de uma métrica mais flexível dentro de uma escala de presunção de ilegalidade. Entendo que a persecução administrativa não deve considerar tais casos como ilícito por objeto nem tampouco regra da razão pura, mas sim algo intermediário em uma escala de presunção, aproximando do que os americanos chamam de ‘quick look’”. Os mesmos fundamentos foram utilizados também nos casos Scar Rio Peças e Serviços (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Relator: Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 14/12/2015). (AMORIM, *op. cit.*, p. 93).

⁴⁶² “Court has made contradictory statements about the value of intent, namely stating that ‘subjective intention’ is irrelevant but then finding a restriction by object by referring multiple times to what was ‘intended’, or declaring that abuse of dominance is an ‘objective concept’ but then allowing it to be established based on ‘subjective factors’.”²⁷ Third, the Court’s rationalisation that intention is not necessary to find an infringement of Articles 101 and 102, but can be ‘taken into account’, flies in the face of the demands, also formulated by the Court, that the ‘objectives’ of agreements and the ‘business strategy’ of dominant undertakings must necessarily be examined”. (COSTA-CABRAL, *op. cit.*, p. 17)

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 50.

Sem o objetivo de esgotamento desse tema, o contraditório quanto ao racional econômico, envolvendo o contexto econômico e os diferentes propósitos de determinadas estratégias comerciais, bem como as excludentes de culpabilidade dariam robusto supedâneo à atuação do CADE, evitando que se adote critérios *ad hoc* para definir o cabimento de sua potestade punitiva e opere no regime civilista como se consuetudinário fosse.

5 CONCLUSÃO

A pergunta de pesquisa fundamental que dá ensejo ao presente trabalho é: *como se deve interpretar, à luz do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a expressão “independentemente de culpa” constante da cabeça do art. 36 da Lei nº 21.529/2011?*

Para empreender tal tarefa, partiu-se aprioristicamente de uma interpretação isolada do texto no sentido da adoção da responsabilidade objetiva por infrações à ordem econômica, questionando se de fato o ordenamento jurídico brasileiro, constitucionalista e democrático que é, acolhe tal posição. A análise normativa, realizada principalmente pela pesquisa em doutrina, iniciou com a adoção de premissas lógicas que conduziram todo o pensamento posterior.

Conforme se viu no Capítulo 1, a norma jurídica sancionatória (completa) é composta por uma norma antecedente e uma norma consequente, sendo a primeira objeto de violação (infração) e a segunda a resposta preordenada a esse comportamento (sanção). Viu-se também que essas normas estão conectadas por um nexo de causalidade jurídica (dever-ser) que pode ser formado por diferentes elementos a partir do regime jurídico no qual se insere a norma em análise. O recorte do trabalho é a caracterização da infração, razão pela qual analisou-se apenas o antecedente e o nexo de causalidade jurídica, limitando-se a aprofundar considerações sobre a sanção apenas em seus aspectos essenciais. O Capítulo 2 delimitou o objeto de análise. Descreveu-se o arcabouço constitucional que dá supedâneo à norma jurídica do art. 36 da LDC, delimitando-se seu bem jurídico: a tutela da livre concorrência enquanto bem jurídico imediato, sendo objetivo mediato a tutela dos fundamentos da ordem econômica, i.e., a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Viu-se que todo esse arcabouço se encontra em simbiose e conduz à interpretação dos dispositivos do direito concorrencial com o objetivo último de assegurar à todos uma existência digna.

Mostrou-se que a doutrina, diante desse bem jurídico, repudia a leitura do Direito Concorrencial como um instrumento monofocal de proteção da eficiência econômica, em qualquer de suas dimensões ou concepções. Deve-se ampliar os objetivos desse ramo do Direito, interpretando suas normas de acordo com os diversos outros princípios constitucionais

e sempre tendo-se em mente que a ciência econômica possui espaço estritamente integrativo, para fins de interpretação de determinados conceitos. Jamais podem as ciências econômicas moldar a interpretação jurídica, já que o Direito é autônomo e autopoietico.

Ademais, identificou-se em matéria doutrinária a preocupação com agressões à livre concorrência originadas tanto pela interferência estatal, quando indevida, quanto pela interferência dos agentes econômicos, quando abusiva. Registrou-se que o equilíbrio fino entre tais vulnerabilidades é especialmente delicado e complexo, algo que se vê refletido em diversos aspectos, notadamente na priorização do princípio da eficiência frente aos demais. No recorte da presente pesquisa, abordou-se essa celeuma especialmente no âmbito repressivo, já que essa a natureza da norma jurídica sob análise.

No contexto repressivo, a dupla vulnerabilidade do Direito Concorrencial se verifica desde a textura aberta dos tipos infracionais, que ainda assim são de difícil comprovação e apuração, até as teorias de análise antitruste, que buscam justamente um ponto otimizado entre investigações viáveis e proteção à presunção de inocência e direitos de contraditório e ampla defesa.

Com a delimitação do bem jurídico tutelado e o enfoque em sua tutela sob o viés repressivo, demandou-se estudar o nexo de causalidade, ao que se propôs o Capítulo 3. Subdividiu-se o Capítulo na análise do regime jurídico aplicável e das teorias de nexo de causalidade e imputação para pessoas jurídicas.

Quanto ao regime jurídico, demonstrou-se que a doutrina enquadra a norma sob análise no Direito Administrativo Sancionador, marcado pela influência da teoria geral do direito administrativo, porém considerando-se as peculiaridades de um regime jurídico punitivo. Considerando a necessidade de exame da responsabilidade objetiva, viu-se a necessidade de abordar o regime jurídico da responsabilidade civil, razão pela qual o presente trabalho passou pelos três regimes, administrativo, penal e civil, no que foi pertinente.

Nesse sentido, buscou-se inicialmente apurar as semelhanças e distinções entre o regime jurídico ressarcitório e o sancionatório (punitivo). Traçamos as diversas concepções de responsabilidade presentes no ordenamento jurídico pátrio. Identificamos que as formas de responsabilidade, ainda que idênticas sob a perspectiva lógica, são compostas por elementos distintos a depender do regime jurídico em que se inserem.

Os elementos centrais da responsabilidade civil são o dano e o dever de indenizar, podendo-se entender a responsabilidade civil como a imputação jurídica do dever de reparação. Já na responsabilidade penal, a base do sistema jurídico é a *ação*, não o dano. Assim, enquanto no regime ressarcitório o dano é o suporte fático da norma consequente, no regime repressivo

esse suporte fático é o ato, ainda que certos delitos exijam também a efetiva produção de um resultado danoso como suporte fático adicional.

Portanto, os elementos centrais, aos quais se deu destaque, foram o ato e o dano. Para aprofundar o espaço de cada um no cotejo entre ressarcimento e punição, explicou-se as concepções disponíveis em doutrina acerca do dano, demonstrando que a “lesão a bem juridicamente tutelado” pode ter diferentes significados em cada regime. A lesão verificada pelo juízo de reprovabilidade do Direito Penal é distinta e autônoma em relação à lesão que caracteriza o dano civil, material ou moral.

Fixou-se a premissa de que o ato é *conditio sine qua non* da estrutura do delito punível, o que não se reproduz no regime ressarcitório que pode escorar-se exclusivamente no resultado produzido. As diferenças essenciais, viu-se, residem no fundamento da responsabilidade e na finalidade da sanção. O regime ressarcitório enfoca a vítima, enquanto o regime punitivo enfoca o agente infrator. O primeiro se preocupa com a reparação de um dano, enquanto o segundo se preocupa com a reorientação de um comportamento. As vedações impostas à atividade estatal e o conjunto de princípios atraídos por cada regime também são distintos.

Essas diferenças implicam diversas consequências lógico-jurídicas na interpretação e aplicação das normas de um ou outro regime. Esse cotejo demonstrou as dificuldades de aplicação da responsabilidade objetiva, criada sobre os pressupostos do regime ressarcitório, ao regime repressivo. Concluiu-se que a responsabilidade objetiva encontra barreiras intransponíveis ao regime repressivo, justamente diante da perda do ato enquanto suporte fático necessário e assim perder de vista a finalidade de reorientação do comportamento do agente.

Estabelecidas essas premissas lógicas acerca da responsabilidade em cada regime, passamos a tratar do conjunto principiológico do regime jurídico atraído, o Direito Administrativo Sancionador. Demonstrou-se que a doutrina encontra intensa controvérsia acerca da atração dos princípios constitucionais comumente associados ao Direito Penal, bem como resistência ao recurso à dogmática penal para intelecção desses princípios, embora certos pontos de consenso estejam se formando, até por decisões recentes do STF.

Demonstrou-se que há relativo consenso doutrinário em torno da premissa central de que a natureza repressiva da atividade estatal demanda um núcleo rígido de princípios que impere a vedação do arbítrio. Também é opinião majoritária que a interpretação desses princípios deve ser matizado frente à teoria geral do direito administrativo, ou seja, têm cabimento desde adequados a esse regime jurídico, não simplesmente importados às cegas do Direito Penal.

O critério de matização ou adequação proposto possui lastro nos bens jurídicos constitucionais eleitos pela doutrina penal a cada princípio, buscando examinar a lógica reflexamente aplicada no âmbito administrativo. Concluiu-se que os princípios decorrentes do Estado de Direito e Democrático são atraídos ao campo administrativo de forma necessariamente adequada apenas na proteção de direitos fundamentais de pessoas jurídicas, já que essas demandam critérios adequados por sua natureza.

Há consenso que a atividade punitiva estatal, quando voltada a pessoas físicas, atrai as normas protetivas dos direitos fundamentais ligados tanto à dignidade humana quanto à vedação ao arbítrio. No caso das pessoas jurídicas, atrair-se-á apenas os últimos. Considerando-se o recorte da pesquisa, examinou-se em especial o princípio da culpabilidade, que integra o rol de princípios lastreados no Estado de Direito Democrático, como pilar de vedação ao arbítrio.

Nesse esteio, o presente trabalho reconheceu que o princípio da culpabilidade influi de forma matizada no campo administrativo sancionador, sendo necessário, mas devendo sua exigência ser modulada segundo seus fundamentos constitucionais. Foram demonstradas nuances específicas no influxo da culpabilidade sobre a responsabilidade de pessoas físicas ou jurídicas, que demandam essa matização.

Os estudos da culpabilidade penal ofereceram conjunto ferramental útil pelo espaço que ocupam reprovabilidade, culpa e culpabilidade na teoria do delito, auxiliando a compreensão da interação entre esses elementos e da matização desse princípio no âmbito administrativo sancionador.

A doutrina penal explica que a teoria finalista do delito separou a culpa da culpabilidade enquanto elementos do crime, garantindo três dimensões à culpabilidade, enquanto elemento subjetivo do tipo, enquanto tipo objetivo do delito e enquanto medida da sanção. Essa separação entre culpa e culpabilidade auxilia na matização do princípio na medida em que cada enfoque da culpabilidade se ancora em fundamentação constitucional distinta, podendo-se relativizar a dimensão ligada à dignidade humana na responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas, em benefício da culpabilidade objetiva.

Essa matização do princípio implica vedação à responsabilidade objetiva pelos enfoques de reprovabilidade e fundamentação, que possuem sustentação calcada também na adequação que coroa os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Concluiu-se que, mesmo em se tratando de pessoas jurídicas, não é possível afastar por completo o princípio da culpabilidade, justamente por seus plurais dimensões e lastros constitucionais.

Em detrimento de uma responsabilidade objetiva, que afasta tanto o elemento subjetivo do tipo, quanto o elemento objetivo do delito, beneficia-se uma teoria de culpa normativa, que

presume relativamente o elemento subjetivo do tipo, sem, contudo, afastar o elemento objetivo do delito que fundamenta sua reprovabilidade, algo ainda mais relevante em delitos de perigo, nos quais não haverá dano objetivamente verificado.

Essa culpa normativa é proposta ao lado de uma teoria de imputação da responsabilidade subjetiva à própria pessoa jurídica, isto é, autônoma e isoladamente imputada a ela.

Passando, então, às teorias de nexo de causalidade e imputação para pessoas jurídicas, optou-se por afastar uma concepção que prescinde de reprovabilidade, em benefício de uma concepção normativa dessa reprovabilidade, costurando um nexo de causalidade que prescinde tão somente da culpa psicológica, imbricada na figura humana.

Essa concepção se mostrou adequada à sanção administrativa de pessoas jurídicas, na medida em que mantém a norma primária associada à conduta da própria pessoa jurídica, sem que se perca de vista a finalidade dissuasória da sanção vinculada a uma conduta reprovável, bem como sem depender da responsabilização subjetiva do preposto para responsabilização da pessoa jurídica, de forma indireta.

A imputação direta de pessoas jurídicas passa por uma compreensão acerca de uma organização enquanto conjunto de incentivos, que terão um papel orgânico no comportamento de seus agentes. Esse fator orgânico, institucional, é marca da autorregulação, que, como visto, vai muito além do *compliance* e é a forma pela qual a organização institui o conjunto de incentivos que impulsionará o comportamento de seus agentes.

Essa sistemática abre espaço para identificação de responsabilidade no estabelecimento de políticas e normas internas, que, a fim e a cabo, terão o papel de estimular seus prepostos a atuar em seu benefício. A autorregulação é, portanto, o mecanismo sobre o qual opera o efeito dissuasório de uma sanção (como ameaça de sanção), ao estabelecer estímulos legais adequados à criação e aprimoramento de políticas e normas internas.

Enquanto a norma penal atua de forma dissuasória sobre o processo psicológico do ser humano, a finalidade da norma sancionatória administrativa aplicável a pessoas jurídicas é o efeito dissuasório sobre o conjunto de incentivos gerados por suas políticas e normas internas – o que mantém coerência às finalidades da punição estabelecidas no regime jurídico.

Comparou-se as teorias de imputação automática e demais modelos de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, que dependem da avaliação do comportamento de prepostos, com a teoria de autorresponsabilidade, que observa a conduta enquanto fato imputável à empresa. Ou seja, independentemente da apuração individualizada do comportamento de prepostos e sem a necessidade de avaliação de coautoria e coparticipação.

Elegeu-se, então, a teoria do defeito de organização como teoria do nexo de causalidade de autorresponsabilização subjetiva de pessoas jurídicas por infrações à ordem econômica.

Assim delimitou-se o nexo de causalidade das infrações antitruste cometidas por pessoas jurídicas: o regime jurídico administrativo sancionador atrai o princípio da culpabilidade de forma matizada, permitindo a adoção de teoria de culpa normativa que presuma relativamente o elemento subjetivo do tipo, mas que demande a verificação do elemento objetivo do delito. Observados tais elementos, a imputação ocorre pela teoria do defeito de organização, que implica autorresponsabilização da pessoa jurídica independentemente da responsabilidade de pessoas naturais.

No Capítulo 4, abordou-se a caracterização da infração à ordem econômica, versando sobre seus elementos objetivos e seu elemento subjetivo. Demonstrou-se que a doutrina majoritária entende que as infrações à ordem econômica são materiais e de perigo, embora parte da doutrina e o CADE entendam que podem existir condutas formais. De um jeito ou de outro, viu-se que há consenso no sentido que o tipo infracional prevê um resultado, discutindo-se apenas acerca do alcance da expressão “*por objeto*” estampada no dispositivo analisado.

Na caracterização dos elementos objetivos, viu-se que as infrações à ordem econômica são analisadas sob diferentes teorias, que afetam como o tipo ilícito será apurado – se como um delito material de perigo ou formal. Explicadas as metodologias de análise e a operação ligeiramente confusa dessas teorias, concluiu-se haver três graus possíveis de presunção de ilicitude: nenhuma, relativa e absoluta.

No que tange ao elemento subjetivo do tipo, adotou-se a teoria de responsabilidade subjetiva com presunção relativa a partir da verificação da materialidade da conduta, da potencialidade de efeitos e da existência de racional econômico, sempre sujeita à produção de prova em contrário e também à incidência de causas excludentes de culpabilidade. Seriam esses os casos de inexigibilidade de conduta diversa, como visto.

Entretanto, demonstrou-se que a teoria proposta é adequada à estrutura da infração tal como proposto pela doutrina majoritária: infrações materiais de perigo. No caso da leitura pela existência de infrações formais, viu-se que a presunção do elemento subjetivo torna impossível a avaliação do resultado, já que nos delitos formais o resultado integra justamente o tipo subjetivo.

A presunção de ambos torna a conduta absolutamente ininteligível, notadamente quando tipificada de forma tão aberta, abrindo-se margem inquietante para arbitrariedade. Propõe-se, assim, uma responsabilidade subjetiva por culpa normativa, presumida relativamente a partir

da materialidade da conduta, potencialidade de efeitos e racional econômico, implicando o descabimento de tipos formais e abandonando-se as presunções absolutas.

Conclui-se que, respondendo à pergunta de pesquisa, a expressão “*independentemente de culpa*” constante do *caput* do art. 36 da Lei Concorrencial deve ser lida como independentemente da culpa tradicional, psicológica, que se verifica no elemento subjetivo do tipo. Em vez dela, propõe-se a adoção da culpa normativa, presumida relativamente diante da presença de elementos objetivos do tipo suficiente à verificação de racional econômico – sempre sujeito em prova em contrário; em sem qualquer ruído à culpabilidade enquanto elemento objetivo do delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Fernando. **A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste.** In Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 5, nº 2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ATALIBA, Geraldo. **Imposto de Renda – Multa Punitiva.** Revista De Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 126, p. 547-557, 1976.

AZEVEDO, Paula Farani de; BAQUEIRO, Paula. **A jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas.** In: MACEDO, Agnes; ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; DOMINGUES, Juliana Oliveira. CORDOVIL, Leonor. MATOS, Mylena Augusto de. (Org.). **Mulheres no antitruste.** São Paulo: Singular, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2ª Ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Crime e exclusão da Criminalidade.** Belo Horizonte: Álvares, 1962.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Da responsabilidade penal e da isenção da pena.** 2. ed. rev. e ampl. Belo. Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio.** Tradução Maria Luiza X. de Borges. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENNACHIO, Marcelo. Considerações sobre a noção de dano. *In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

BINENBOJM, M Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal. *In: JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.). Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo: RT, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vvolume 1, 26ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, 1ª Ed. São Paulo: Edipro, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, José Souto Maior. Marcos Juruena Villela. **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002.

BOTELHO, Cristina Ossipe Martins. **A Culpabilidade e a Punição da Pessoa Jurídica em Delitos Ambientais: A Necessária Revisão da Dogmática Penal**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2004.

BOTELHO, Cristina Ossipe Martins. **A culpabilidade e punição da pessoa jurídica em delitos ambientais: a necessária revisão da dogmática penal**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32.201. Distrito Federal, Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. DJE: 21.03.2017.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. nº1, 30 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. nº1, 30 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo., Brasília, DF, Data de julgamento: 238/11/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08700.001859/2010-31. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Data de julgamento: 4/07/2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNJFCMGqkxs3ow-T5qCPnNsBAe4skVKz2DcFe3E1X0od3hvLmFUK7e1OTO-INDka_7NL20ov1fMkSbfQUvlpwP8u>. Acesso em: 02 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Documento de Trabalho nº 005/2020: Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasília, DF, 2020, p. 105. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenci-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.004201/2018-38. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA2e41gXHDCvdyK-JSzf2hCwesuyf8wq-k2tDAnrpbd4>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Item II.3. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd730_3JP0MJcR6ZjPlpWUANcD5ARK4V7T2a38pWYBQF>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Data de julgamento: 22 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Data de julgamento: 29 jan. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxhVDg6lzp3_W9EerwY0K_vxHEJCBJ6YR8cBPSlwM-KL3>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, Voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado p. 5 (Cartel das Britas) Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAIDAQnWf3dDCLooyz_d4XaAjLwB9hjz8GCekQam0P0>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar n.º 08012.001198/2007-04, Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em: 28/04/2010 In DOU de 10 de maio de 2010, Seção 1, pág. 32. Item 2.2.1.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto da Conselheira Polyanna Vilanova. Relator: Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia. Data do julgamento: 19/06/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.002568/2005-51. Voto da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2016/nota-tecnica-n34-2016-processo-administrativo-08012002568200551.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de análise de atos de concentração horizontal. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Relator: Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 14/12/2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 08700.004460/2021-64. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Data do julgamento: 21/12/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 43.751/ES. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Data de julgamento 17/10/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 93.867/GO, Relator: Min. Felix Fischer. Data de julgamento: 12 /05/08.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.971.316-SP (2021/0348275-3), Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Data de julgamento: 25/10/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 564960/SC, Relator: Ministro Gilson Dipp. Data de julgamento: 13/06/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 622724/SC. Relator: Min. Felix Fischer. Data de julgamento: 17/12/04.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.528/SC. Relator:: Ministro Felix Fischer. Data de julgamento: 18/6/07.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 610.114/RN, Relator: Min. Gilson Dipp. Data de julgamento: 19/12/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 16762/MT, Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Data de julgamento: 01/02/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 24.933/RJ, Relator: Min. Celso Limongi. Data de julgamento 16/03/09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 16.696/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Data de julgamento: 13/03/06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.261/Distrito Federal. Relator: Min. André Mendonça. Data de Protocolo: 11/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92.921-4/BA, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 26/09/08.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.201/Distrito Federal. Relator: Roberto Barroso. Data de julgamento: 21/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 41.557. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data de Julgamento: 15/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963.

BRASIL., Supremo Tribunal Federal. Súmula 341. Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski.. RICARDO LEWANDOWSKI . Rio de janeiro, 2009. Data do julgamento: 16/10 o/ut. 2009.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXfWrzB7dS8bkUjm5ZUVWEEfyxyYt3ad0LJHCwxPzdrT>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.012223/99-60. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffe. Data de julgamento: 04/09/2002.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho Araújo. Data de julgamento: 10/06/2015.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 14/12/2015.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63. Voto do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Data de julgamento: 26/10/2021.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Relator: César Costa Alves de Mattos. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, p. 9, fls. 1699-1700. Data do Julgamento: 31/01/2013.

BRASIL. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Voto do Conselheiro Schuartz, p. 1996. Data de julgamento: 26/04/2006.

CAMMAROSANO, Márcio. O Estado brasileiro é realmente democrático? *In: MEIRELLES, João Victor Esteves et. Democracia e Crise: Um olhar interdisciplinar na construção de perspectivas para o Estado brasileiro*. Brasil, Autonomia Literária, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. A respeito da liberdade. *In: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Unisul de Fato e de Direito. Ano IV, nº 8. 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6ª ed., São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Regime constitucional de controle de preços no mercado**. *Revista de Direito Público – EDP*, v.24, n.97, p. 17-28, jan./mar. 1991.

CORDERO, Christian Roman. **El Derecho Administrativo Sancionador en Chile**. *In: Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo*. Ano VII (2009) Nº 16.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. (Tese de Livre-Docência apresentada na (Livre Docência) - Universidade de São Paulo (USP), em 2013.

COSTA-CABRAL, Francisco. **Intent in EU Competition Law: The Judicial Assessment of Anti-Competitive Strategies..** Londres, King's College London: 2014. Disponível em [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/intent-in-eu-competition-law\(2d6172dd-fddc-47eb-859c-f27961e4e738\).html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/intent-in-eu-competition-law(2d6172dd-fddc-47eb-859c-f27961e4e738).html). Acesso em: 03 Jul. 2023.

CRESSEY, Donald Ray. **Other People's Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement**. 1953. Glencoe: The Free Press.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§ 1º a 3º**. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012.

DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César. **Parâmetros de análise de infrações concorrenciais pelo Cade**. In: DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018.

DUTRA, Pedro. **Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira**. Singular: São Paulo, 2017.

FELIX, Natália Oliveira. **Comentários aos incisos I, II, VII, VIII, XIII, XVIII do § 3º do artigo 36**. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**. São Paulo: Método, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio (Coord.). **A norma jurídica**. Coord. Sérgio Ferraz. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Daniel. Reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. (Coord.) **Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019.

FERREIRA, Daniel. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin. 2010.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas: Entre Direitos Fundamentais e Democratização da Ação Estatal**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, 2012, v.12, n.12.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª Edição. São Paulo: RT, 2015.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro**, São Paulo: RT, 1985.

FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: FD/UnB, 2017.

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

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. São Paulo: Singular, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade, tradução de O. Gleizer, *In*: GRECO, Luis. **As razões do direito penal**. Quatro estudos, org.: Viana/Montenegro/Gleizer, Madrid/São Paulo, Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas? *In*: **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**. Seminário Brasil-Alemanha, 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Intervenção do estado na economia**. Revista de direito constitucional e internacional. V. 15/1996, p. 73-88, abr./jun., 1996.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ano 1 n. 1, p.24-31, jan./mar. 1945.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**, Almedina, 1995.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas. 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, 2005.

MERLANO SIERRA, Javier Enrique. **La Identidad Sustancial Entre el Delito y La Infracción Administrativa. Anotaciones a propósito de la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador**. Revista de Derecho, núm. 30. Universidad del Norte. Diciembre, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A principiologia no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Direito Público. Ano 11, nº 43, out/dez. Belo Horizonte, 2013.

MOURA, Evânio. **Culpabilidade, pessoa jurídica criminoso e delitos empresariais**. Revista dos Tribunais, vol. 987, 2018.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. A Lógica Como Técnica de Análise do Direito. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de. (Org.). **Constructivismo Lógico-Semântico**. Vol. I. 1ed. São Paulo: Noeses, 2020, v. 1.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de A. **Código Civil Comentado**. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2014.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 219, pp. 127-151, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OCDE. Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia. 2015, p. 18. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption/acn-liability-of-legal-persons-2015.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2023.

OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019, p. 84 e 85. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e**

funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A relação entre concorrência e corrupção: uma análise da operação Lava Jato no Cade.** In Revista do IBRAC. São Paulo, v. 26, n. 1, p. 247-276, 2021.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAULINO, Maria Angela Lopes. **A teoria das relações na compreensão do direito positivo.** Constructivismo Lógico-semântico, Vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial. Doutrina, jurisprudência e legislação.** São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado,** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law.** 3ª Ed. Wolters Kluwer, 1986.

PUIG, Manuel Rebollo; CARRASCO, Manue Izquierdo; SOTOMAYOR, Lúcia Alarcón; ARMIJO, Antonio Bueno. **Panorama del derecho administrativo sancionador em España: Los derechos y las garantías de los ciudadanos.** Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 7, núm. 1, jan./jun., 2005, pp. 23-74, p. 24. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73370101>>. Acesso em: 04 jul. 2023.

RIBAS, Guilherme Favaro. **Processo administrativo de investigação de cartel.** São Paulo: Singular, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** São Paulo: Atlas, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANCHEZ, Carlos María Rodríguez. **El derecho administrativo sancionador francés: Evolución histórica del principio de separación de poderes y perspectiva actual.** Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº 10. 2017.

SANTAELLA, Lucia. **A relevância da semiótica para a construção do conhecimento.** in CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.) et. BRITTO, Lucas Galvão (Org.). **Lógica e Direito.** São Paulo: Noeses, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

SCHUCHTER, Alexander; LEVI, Michael. **The Fraud Triangle Revisited**. Security Journal advance online publication, 2013, doi: 10.1057/sj..2013.1.

SOARES, Marcio; CAMARA, Paula; VILLAS-BÔAS, Pedro Avellar. **Condutas unilaterais: temas atuais**. In DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica constitucional**. in Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo II: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Cartel, ilegalidade per se e ônus da prova: breves considerações**. Revista de Economia, v. 33, n. 1 [ano 31], jan./jun. 2007, pp. 151-155, Editora UFPR.

TIEDEMANN, Klaus. Corporate Criminal Liability as a Third Track. In: BRODOWSKI, Dominik; PARRA, Manuel Espinoza. TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. **Regulating Corporate Criminal Liability**. Londres: Springer International Publishing Switzerland, 2014.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A estrutura lógica das normas jurídicas. In: **Lógica e Direito**. Coord. Paulo de Barros Carvalho, Org. Lucas Galvão de Britto, São Paulo: Noeses, 2016.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de e GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZOCKUN, Maurício. **Comentários ao art. 1º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ZOCKUN, Maurício. **Controle, compliance e programas de integridade no setor de infraestrutura**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura: São Paulo, v.2, n.6, jul./set. 2018.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar**. São Paulo, Malheiros, 2010.