

Responsabilidade Concorrencial: Objetiva Ou Subjetiva?

Tratamos aqui de classificar a responsabilidade concorrencial como objetiva ou subjetiva, isto é, independente ou não da vontade (leia-se dolo ou culpa) do suposto infrator. Em recente parecer a Douta Procuradoria (ProCade) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) declarou expressamente: "Sempre importante ressaltar o caráter objetivo da responsabilidade oriunda da subsunção de posturas e condutas aos tipos elencados (ou seja, pouco importando a configuração de dolo ou culpa do agente)".

Reconhecemos que a possível sustentação da tese da ProCade pode estar no art. 36 da Lei 12.529, de 2011: "Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa (...)". Aceita-se que, afastado o elemento culposo, estaria também afastado o elemento doloso, já que a culpa é menor do que o dolo.

Todavia, o § 4º do art. 173 da Constituição Federal estabelece claramente: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros". Lembremos que esta é a matriz constitucional da lei invocada, sendo certo que originalmente falava-se em abuso do poder econômico e não em infração da ordem econômica, que na verdade são expressões que dizem quase a mesma coisa.

Vemos que a Constituição, no artigo acima referido, usa a expressão "que vise a", ou seja, há a exigência do objetivo, da vontade, da determinação de praticar um ato para que este seja considerado abuso do poder econômico ou infração da ordem econômica. Assim, temos defendido que a expressão "independentemente de culpa" – que também constou da lei anterior – é inconstitucional e conseqüentemente, a responsabilidade por infração da ordem econômica é subjetiva.