

FGV DIREITO SP

MESTRADO PROFISSIONAL

RESPONSABILIDADE DA PESSOA FÍSICA POR CONDUTAS OMISSIVAS EM INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

EDUARDO HENRIQUE ANTONINI

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

1. Tema, contexto, questão central de pesquisa

A Lei da Defesa da Concorrência – LDC (Lei n. 12.529/2011) prevê, em seu artigo 37, III¹, a responsabilização do administrador que, de forma direta ou indireta, por culpa ou dolo, tenha “contribuído” para a ocorrência de infração econômica. Neste caso, o administrador estará sujeito à aplicação de multa de 1 a 20% do valor da multa que for aplicada à empresa infratora.

O assunto em questão vem ganhando grande relevância desde a publicação de um memorando de recomendações pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, em 2015, no qual a principal recomendação era para que os órgãos reguladores da concorrência focassem na aplicação de penas e multas aos administradores das companhias infratoras. Com tais recomendações, o objetivo era amedrontar os administradores para que estes atuassem de maneira preventiva e como próprios fiscais da concorrência dentro de suas respectivas companhias, sob pena de receberem multas elevadíssimas e, até mesmo, eventuais restrições para administrações futuras.

Nos casos de conduta culposa, ou seja, em que há negligência, imperícia ou imprudência, geralmente vincula-se a responsabilidade do administrador pelo fato realizado por outrem, por quem este administrador está vinculado e para o qual deveria atuar de forma

¹ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: [...] III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.[...]

a resguardá-lo e vigiá-lo. De fato, a LDC prevê - e o CADE assim decide - a possibilidade de punição ao administrador tanto nos casos em que for comprovada sua ação, bem como quando presume-se que ele atuou de forma omissa perante a infração.

Com isso, entende-se que a conduta culposa por parte do administrador é identificada, principalmente, a partir de omissões e/ou de seu dever de agir perante a companhia para que infrações à ordem econômica não ocorram.

É de suma importância entender as motivações e formas com que o CADE age para investigar e condenar estes administradores, considerando que “a demora do processo já é a condenação do indivíduo”² e isso pode representar elevados custos não somente financeiros, mas também profissionais e reputacionais.

Nesse sentido, a pesquisa em questão buscará, através de técnicas exploratórias e de resolução de problemas, identificar formas para mitigar o risco de responsabilização da pessoa física em infrações à ordem econômica, principalmente em casos haja desconhecimento ou omissões por parte do administrador, baseando-se em decisões anteriores proferidas pelo Tribunal do CADE e conhecimento específico produzidos na área.

Para melhor esclarecer e identificar potenciais oportunidades para relativizar e tornar estas investigações e processos mais humanos e eficientes também é necessário entendermos como os demais ramos do direito aplicam a responsabilização em casos de condutas omissivas. Analisar os critérios utilizados, bem como os requisitos necessários para responsabilização pode representar avanços importantes para reduzir os impactos negativos e ampliar a assertividade do CADE.

A partir deste diagnóstico da responsabilização cível de pessoas físicas junto ao CADE, e com base nos dados levantados, será possível entender se existem oportunidades de adaptações legislativas e/ou alternativas para ampliar o escopo protetivo dos administradores de companhias concorrencialmente expostas.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Quesito 1: Contextualização Fática

a. Quem é a pessoa física perante o CADE e perante a Lei de Defesa da Concorrência?

² CORDOVIL, Leonor; ATHIAS, Daniel. Direito concorrencial em transformação: uma homenagem a Mauro Grinberg / coord. Leonor Cordovil e Daniel Athias. – 1. ed. – São Paulo: Singular, 2020. Pg 170.

- Pode o presidente da empresa ser acusado de cartel por ter conhecimento da existência da infração, e nunca ter feito nada para detê-la? Ou é necessário que sejam encontrados indícios de autoria?
 - Quais são as obrigações/funções do administrador? A quem está vinculado e por qual dever?
- b. Como a responsabilização civil de pessoa física por omissão ocorre em outras áreas?
- **Fontes de pesquisa:** Legislação; jurisprudência do CADE; artigos científicos; doutrina.

Quesito 2: Referencial teórico-normativo

- c. Quais são as condutas reprováveis a ponto de resultar na necessidade de aplicação de sanções?
- O que é uma conduta omissiva sob a ótica do CADE? Qual o critério para considerá-la como relevante ou não?
 - **Fontes de pesquisa:** Legislação; jurisprudência do CADE; artigos científicos; doutrina.

Quesito 3: Abordagem analítica

- d. Como o CADE tem decidido em casos que envolvem condutas omissivas por parte dos administradores de companhia infratoras?
- Quais são os limites da responsabilidade subjetiva prevista na lei antitruste?
 - Qual o histórico, em números e dados, de condenações de pessoas físicas pelo CADE? Em quantos destes casos as pessoas físicas foram condenadas por condutas culposas? Como punir quem não fez o mal, apenas deixou de fazer o desejável ou esperado?
 - **Fontes de pesquisa:** Legislação; jurisprudência do CADE; artigos científicos; doutrina.

Quesito 4: Conclusão propositiva

- e. Como minimizar os impactos causados à pessoa física investigada e processada pelo CADE?
- Quais são os critérios necessários para reduzir a exposição dos administradores?

- Há necessidade de adequação legislativa para prever rol taxativo, ou mais claro, de condutas omissivas a serem punidas?
- f. Como as empresas podem se proteger e proteger seus indivíduos, em consonância com decisões trabalhistas que digam que ela deve treinar seus empregados em relação a práticas anticompetitiva?
- **Fontes de pesquisa:** Entrevistas; jurisprudência do CADE; artigos científicos; doutrina.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Diante deste cenário em que os administradores das empresas ficam totalmente vulneráveis a severas punições baseadas em sua responsabilidade subjetiva, surgem importantes questionamentos e pontos para reflexão, considerando que estas discussões perante o CADE são extremamente custosas às pessoas físicas que administram as empresas infratoras, tendo em vista que tais sanções podem ser financeiras, morais ou, inclusive, atingir a carreira do executivo.

Atualmente o tema tem sido constantemente discutido, principalmente no que se refere a possibilidade de a pessoa física ser responsabilizada nos casos em que sua conduta é culposa. O CADE tem identificado, através de modernos sistemas, as empresas infratoras e busca o responsável, penalizando ambos. Os números de pessoas físicas condenadas perante o CADE vêm crescendo a cada novo ano.

Somente o fato de estar na cadeira de Presidente de uma instituição já traz consigo diversas responsabilidades. O acesso a uma ampla gama de informações se traduz em grande responsabilidade pelo conhecimento, ou seja, apenas por saber de determinada informação, o administrador precisa cumprir com uma série de requisitos, considerando que a informação carrega consigo diversas responsabilidades. Há uma serie de condutas que são imputadas ao sujeito que sabe ou conhece determinado fato, porém não previsão específica em rol taxativo, como acontece em infrações/crimes comuns.

Ao tomar conhecimento de determinada informação, o administrador pode ser responsabilizado pela “conduta que assumiu ou deixou de assumir diante do conhecimento que

[agora] detém”³. É neste ponto que se torna possível observar as implicações que atos omissivos podem gerar. A informação possui grande poder e as decisões que são tomadas pelo administrador após o seu conhecimento são de suma importância para determinar a legalidade de sua condução.

Diante deste cenário que paira sobre os principais centros jurídicos do mundo, em que os órgãos que regulam a ordem econômica perseguem empresas infratoras e seus administradores, numa espécie de “caça às bruxas”, as empresas têm adotado medidas para mitigar os riscos de seus administradores e do patrimônio particular destes.

Nesse sentido, considerando o cenário atual, em que a crise econômica afeta praticamente todos os países, as empresas vêm utilizando formas para garantir o cumprimento das obrigações de seus administradores sem que estes preocupem-se com eventuais sanções relacionadas a sua pessoa física – sempre observando os limites legais.

Com isso, uma das alternativas utilizadas é a elaboração de uma *comfort letter* direcionada aos executivos/administradores ou, ainda, a contratação de apólices de seguro D&O. Estes documentos preveem a responsabilidade de terceiros, neste caso empresa e/ou seguradora, arcarem com o pagamento de eventuais disputas judiciais e/ou extrajudiciais na qual estes executivos estejam envolvidos em decorrência do exercício de sua função. Sendo assim, possuem o claro objetivo de amenizar possíveis impactos financeiros de condenações da pessoa física do executivo decorrentes de atos da sua gestão.

Toda esta estrutura movimentada para mitigar riscos e afastar possíveis impactos ao patrimônio do administrador são consideravelmente custosos e impactam diretamente o caixa das companhias. Porém, apesar de serem instrumentos relativamente caros, ainda assim possuem valor simbólico se comparados aos custos de condução de um processo perante o CADE e de eventuais custos em caso de condenação.

Além dos impactos financeiros gerados por investigações - que, em alguns casos, as pessoas físicas são incluídas de maneira irresponsável – há de se considerar todos os demais custos profissionais e reputacionais altamente negativos que serão experimentados pelo administrador que estará diante de um procedimento praticamente inquisitório.

Considerando tais premissas há urgente necessidade de identificarmos maneiras adequadas para condução das investigações e inclusão dos administradores nos procedimentos

³ VILLEA, João Baptista. “Apontamentos sobre a cláusula ‘...ou devia saber’”. *Revista brasileira de estudos políticos*, v. 97, 2018, pp. 179-200. São Paulo.

dirigidos pelo CADE, com objetivo de torná-las mais suaves e leves aos inocentes, sem deixar de manter seu potencial repreensivo à condutas anticompetitivas.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Atuando de maneira generalista como Head de Departamento Jurídico de empresa que se estrutura para IPO em curto/médio prazo, assuntos envolvendo Direito Concorrencial são constantes, considerando que o mercado de atuação da companhia é altamente competitivo e as disputas envolvem grandes *players* em nível mundial.

Diante disso, tendo contato aproximado com a matéria concorrencial foi possível notar a grande relevância e preocupação que o tema causa em companhias em franco crescimento e, principalmente, em seus administradores. O contato com demais empresas através de organizações como a Endeavor e YPO também facilitam a percepção e pesquisa de pontos relacionados ao tema.

5. Bibliografia preliminar

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2011.

BURINI, Bruno Corrêa. **Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista**. Tese de doutorado. São Paulo: FDUSP, 2010.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade cível por danos decorrentes da prática de cartel**. Dissertação de mestrado. São Paulo: FDUSP, 2015.

VILLELA, João Baptista. “Apontamentos sobre a cláusula ‘...ou devia saber’”. *Revista brasileira de estudos políticos*, v. 97, 2018, pp. 179-200. São Paulo.

OLIVEIRA, Hermes Nereu da Silva Cardoso. *A Responsabilidade do Administrador por Omissão na Lei de Defesa da Concorrência*: Critérios para identificação do administrador e sua imputação por conduta comissiva omissiva. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BORGES NETO, Arnaldo de Lima. *Apontamentos sobre a carta de conforto (lettere di patronage)*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11044>. Acesso em: 11 de julho de 2021.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *D&O e comfort letters*. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/90317/d-o-e-comfort-letters>. Acesso em: 11 jul. 2021.

FERNANDES, Jean Carlos; GUERRA, Ricardo Henrique e Silva. *O seguro D&O como instrumento de proteção dos administradores de sociedades empresárias*. 2018. Disponível em: http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR34_08.pdf. Acesso em: 11 jul. 2021.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2017.

CORDOVIL, Leonor; ATHIAS, Daniel. *Direito concorrencial em transformação*: uma homenagem a Mauro Grinberg / coord. Leonor Cordovil e Daniel Athias. – 1. ed. – São Paulo: Singular, 2020.

U.S. Department of Justice. *Memorandum for the assistant attorney general, antitrust division*. 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Lei da Defesa da Concorrência*. Brasília.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília.

Anexo A

Sumário preliminar sugerido

1. A pessoa física perante a Lei de Defesa da Concorrência e do CADE
 - a. O Administrador na Lei das Sociedades Anônimas
 - b. O administrador nos demais cenários legais
 - c. As funções e atribuições do administrador

2. A responsabilidade civil omissiva
 - a. A responsabilidade penal por omissão
 - i. Responsabilidade penal em empresas
 - b. A responsabilidade por omissão perante o CADE
 - i. Conduta omissiva

3. Posicionamento do CADE no julgamento de pessoas físicas por condutas omissivas
 - a. Diferentes precedentes do CADE
 - b. A decisão pela inclusão da pessoa física no procedimento
 - c. Embasamento legal utilizado pelo CADE
 - d. A penalidade como forma de repreender

4. Mitigação de riscos para pessoas físicas, redução as injustiças e aumento da eficiência do CADE
 - a. Causalidade e imputação objetiva do resultado
 - b. Possível inexistência do dever de agir
 - c. Compliance, programas de integridade, *comfort letter* e seguro D&O